

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR
ESCUELA DE DERECHO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

**Disertación previa a la obtención del título de licenciado en Ciencias
Jurídicas**

TEMA

**EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO
NOTARIAL.**

AUTOR

ANA CRISTINA ROMERO JURADO

TUTOR

DIRECTOR DR.JORGE MACHADO

QUITO-2013

AGRADECIMIENTO

Este proyecto es un agradecimiento a Dios, quién me dio Salud, Conocimiento y Sabiduría para realizarlo, a mis padres, esposo por su apoyo, comprensión y amor, a mis hermanos, por su apoyo moral e incondicional, a mis profesores quienes siempre me motivaron a seguir adelante, transmitiendo su conocimiento y finalmente, a todas las personas que de una u otra manera aportaron desinteresadamente para la culminación del presente trabajo.

DEDICATORIA

Este trabajo con honor y esfuerzo va dedicado a mis padres madre, quienes me dan la fuerza y valor en todo momento, a mis Hijos que son el motor de mi vida, a mi esposo mis hermanos, maestros y amigos quienes me brindaron su apoyo y paciencia en los momentos difíciles que se presentaron al continuar con mi formación académica y culminar con éxito mi carrera.

INDICE DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTO	ii
DEDICATORIA	iii
RESUMEN.....	vii
ABSTRACT	viii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPITULO I.....	6
EL DERECHO NOTARIAL.....	6
1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO NOTARIAL	6
1.2. EVOLUCIÓN DE LAS LEYES RELATIVAS AL DERECHO NOTARIAL EN NUESTRA LEGISLACION.	23
1.3 CONCEPTO DE DERECHO NOTARIAL.....	27
1.4 OBJETO DEL DERECHO NOTARIAL.....	32
1.5 CONTENIDO DEL DERECHO NOTARIAL	34
1.6 FUENTES DEL DERECHO NOTARIAL.-	35
1.7 CLASES DE DERECHO NOTARIAL.....	36
1.8 FINES DEL DERECHO NOTARIAL	38
1.9 IMPORTANCIA DEL DERECHO NOTARIAL.....	38
1.10 PRINCIPALES SISTEMAS NOTARIALES	40
CAPITULO II.....	42
EL NOTARIO.....	42
2.1 CONCEPTO Y DEFINICION DE NOTARIO	42
2.2. EL ROL QUE CUMPLE EL NOTARIO EN EL ECUADOR.....	47
2.3 REQUISITOS LEGALES Y PERSONALES PARA SER NOTARIO.	49
2.4 ATRIBUCIONES DEL NOTARIO.....	52
2.5. DEBERES DEL NOTARIO	66
2.6 PROHIBICIONES DE LOS NOTARIOS.....	72
2.7. EL NOTARIO DEL SIGLO XXII.....	74

CAPITULO III.....	78
ACTOS NOTARIALES Y LA FE NOTARIAL	78
3.1. GENERALIDADES Y DEFINICIONES.....	78
3.2. CLASIFICACION DE LOS ACTOS NOTARIALES.....	82
3.3. REQUISITOS PARA LOS ACTOS NOTARIALES	85
3.4 LA FE NOTARIAL	88
3.4.1 CLASIFICACIÓN DE LA FE PÚBLICA.....	94
3.4.2 FUNDAMENTO DE LA FE PÚBLICA.....	96
3.4.3 FUNCIÓN FUNDAMENTAL DE LA FE NOTARIAL.....	98
3.4.4 IMPERIO DE LA FE PUBLICA, NECESIDAD DEL ESTADO DE PROTEGERLA	101
3.4.5 LA FE PÚBLICA COMO ELEMENTO INDISPENSABLE EN EL INSTRUMENTO PÚBLICO.....	105
CAPITULO IV	106
EL MATRIMONIO	106
4.1. ORIGENES Y EVOLUCION HISTORICOS DEL MATRIMONIO.....	106
4.2 ETIMOLOGIA Y CONCEPTO DE MATRIMONIO.....	114
4.3 CARACTERISTICAS DELMATRIMONIO	118
4.4. REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL MATRIMONIO	119
4.4.1. REQUISITOS DE EXISTENCIA.....	120
4.4.2 REQUISITOS DE VALIDEZ	122
4.5 LOS IMPEDIMENTOS.....	130
4.5.1 LOS IMPEDIMENTOS DIRIMENTES	131
4.5.1.1 IMPEDIMENTOS DIRIMENTES ABSOLUTOS	131
4.5.1.2 IMPEDIMENTOS DIRIMENTE RELATIVOS	135
4.5.2. IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES O PROHIBITIVOS.-	136
4.6. CAUSAS DE TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO	140
CAPITULO V	143
EL DIVORCIO.....	143
5.1 ORÍGENES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICOS DEL DIVORCIO	143

5.2 ETIMOLOGÍA Y CONCEPTO DE DIVORCIO	148
5.3 EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION ECUATORIANA	152
5.4 .CARACTERISTICAS DE LA ACCION DE DIVORCIO	155
5.5. EFECTOS DEL DIVORCIO	158
5.6. CLASES DE DIVORCIO.....	158
5.6.1 EL DIVORCIO CONTENCIOSO O POR CAUSALES	159
5.6.1.1 TRAMITE DEL DIVORCIO CONTENCIOSO.....	162
5.6.2 EL DIVORCIO CONSENSUADO O POR MUTUO CONSENTIMIENTO ...	165
5.6.2.1 TRAMITE DEL DIVORCIO CONSENSUAL.....	168
5.6.3 DIFERENCIAS ENTRE EL TRAMITE DE DIVORCIO CONTROVERTIDO Y CONSENSUAL.....	170
5.7 EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO NOTARIAL.....	171
5.7.1. DESDE CUÁNDO SURTE EFECTOS EL DIVORCIO CONSENSUAL NOTARIAL.....	175
5.7.2 PRINCIPIOS DE PROCEDIMIENTO	178
5.8. LIMITACIONES AL PROCEDIMIENTO NOTARIAL.....	181
5.9. EL DIVORICO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN NOTARIA DE CONFORMIDAD A LA LEGISLACION EXTRANJERA.....	185
OBJETIVOS Y JUSTIFICACION DE LA REFORMA.....	189
PROYECTO DE LEY REFORMATARIO:	190
CONCLUSIONES	194
RECOMENDACIONES.....	196
BIBLIOGRAFÍA.....	198
BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA.....	200
DECLARACION Y AUTORIZACION.....	201

RESUMEN

El presente trabajo contiene una visión del rol fundamental que ha venido desempeñando el Notario desde tiempos antiguos hasta nuestra sociedad actual, llegando a convertirse en asesor y fedatario de los actos y contratos realizados ante su presencia, a petición de las partes involucradas en los mismos.

La intervención del Notario, quien ha sido investido por el Estado de la llamada Fe Pública, a más de dotar a los actos y contratos de una plena seguridad jurídica; a logrado que las personas puedan realizar cierto tipo de diligencias de jurisdicción voluntaria en las diversas notarias, lo cual ha permitido que en gran parte los juzgados actúales que se encuentran con una gran carga procesal, ya sea por la cantidad de causas que reciben a diario, o por la falta de personal, o por cualquier otro motivo se lleguen a descongestionar, hecho que es de suma relevancia para la Justicia y la sociedad en general.

El Divorcio por mutuo consentimiento, es un acto de jurisdicción voluntaria en donde prima ante todo la plena voluntad de las partes; siendo así, el Notario está plena y debidamente facultado para llevar a cabo dicho trámite. Sin embargo de lo cual, la legislación actual pone ciertos tipos de limitantes, que tienen que ver sobre todo con la existencia de los hijos menores de edad.

Dicho impedimento debe ser tomado en cuenta, ya que puede ser tratado directamente por los padres, quienes están en la capacidad de llegar a un acuerdo previo, con respecto al cuidado y manutención de dichos menores; y, llegar a ser solemnizado por el notario. Acuerdo, que por ningún motivo puede menoscabar los derechos de los menores y tampoco puede dejar de lado la obligación que los progenitores tienen ante sus hijos, quienes son merecedores de una vida digna y una pensión alimenticia que les permita desarrollarse de la manera adecuada.

ABSTRACT

This paper contains an overview of the key role it has been playing the Notary from ancient times to our present society, becoming an advisor and notary acts and contracts made in his presence, at the request of the parties involved in them.

The intervention of the Notary, who has been invested by the State Public Fe call, give more than the acts and contracts of full legal certainty to accomplished people to do certain procedures for voluntary in various notaries, which has enabled much of the current trial found a large caseload, either by the number of cases they receive daily, or lack of personnel, or for any other reason will come to decongest , a fact that is of utmost relevance for Justice and society in general.

Divorce by mutual consent is an act of voluntary jurisdiction where the full premium foremost intention of the parties, if so, the notary is fully and duly authorized to carry out this procedure. However whereof Current legislation places certain types of constraints, which have to do mostly with the existence of the minor children.

This impairment must be taken into account as it can be treated directly by parents, who are in the ability to reach a prior agreement regarding the care and maintenance of such children, and, come to be solemnized by the notary. Agreement, that under no circumstances may undermine the rights of children and can not leave out the obligation that parents have with their children, who are worthy of a dignified and alimony that allows them to develop in the right way.

INTRODUCCIÓN

Uno de los temas que trata el presente trabajo es el rol que desempeña el Notario frente a nuestra sociedad; dicha función tiene características específicas puesto que es a través de la fe pública de la cual se halla investido como se formalizan un sin número de actos realizados por los particulares tanto en sus relaciones familiares como en su patrimonio.

De tal manera que podemos asegurar que el Derecho Notarial, tiene gran importancia en el otorgamiento, validez y eficacia de los actos o contratos realizados ante un notario, puesto que a partir de la aparición de los primeros documentos públicos notariales en la vida social, económica, política y jurídica del Ecuador se aseguraron los derechos y obligaciones que llevan inmersos los mismos.

La Institución del notariado, entendida como aquella agrupación de profesionales del Derecho encargados de brindar con su fe pública seguridad y certeza jurídica a toda la sociedad, requiere para continuar con su labor de amparar a personas cada día más capaces y preparadas dentro de la compleja materia notarial.

Para ello, los notarios son llamados a tener en cuenta su importante y determinante actividad como redactores, autorizantes, conservadores y reproductores del documento público notarial, a capacitarse en temas notariales, lo cual los conducirá a ser unos verdaderos controladores de la legalidad de los actos y contratos que autorizan, llegando a convertirse en asesores seguros e imparciales de las partes.

Al notario le corresponde tradicionalmente dos cometidos desempeñados con una esmero que ha sido la razón de su prestigio; un comprobar la realidad de los hechos, y el otro, legitimar el acto o negocio

jurídico, dejando todo aquello acreditado en el documento notarial, especial característica e irreductible.

Es importante tomar como un tema fundamental de la presente investigación que hace referencia al Divorcio por Mutuo Consentimiento por acto notarial, cuyo objetivo principal se basa en el estudio del divorcio como una institución propia de nuestro derecho positivo, a la manera como se viene tramitando un juicio por mutuo consentimiento en la actual justicia ecuatoriana, tomando en cuenta los actos y contratos de jurisdicción voluntaria, y; específicamente en cuanto al tema que me ocupa, identificando cierto tipo de limitantes al divorcio por mutuo consentimiento por acto notarial que dejan de lado los principios de celeridad y economía procesales, a fin de establecer soluciones prácticas acordes a la actual realidad, que garanticen una justicia ágil y oportuna.

El divorcio con el transcurrir de los tiempos ha venido tomando forma jurídica, siendo aceptado por unos y rechazado por otros, puesto que unos consideran que el divorcio es una solución honesta, más humana ante un estado matrimonial no justo, no moral, que impiden el desenvolvimiento normal y natural de la persona afectada y de la familia en general; mientras que otros en especial la Iglesia Católica considera que está en contra de los principios morales y éticos.

En el Ecuador existía una forma mal llamada divorcio, consistente en la simple separación de cuerpos a cargo y competencia de la autoridad eclesiástica, hasta que en el año 1902 con el dictamen de la Ley del Matrimonio Civil, contemplada en el Código Civil se da origen al divorcio, pero únicamente en casos de adulterio y sífilis, quedando únicamente la primera y, se le prohibía al cónyuge culpable contraer un nuevo matrimonio por el lapso de diez años luego de dicho divorcio.

Posteriormente, se agregan al Código Civil las causales de divorcio por concubinato rigiendo por tanto, la monogamia y la autoría o complicidad criminal contra la vida del otro cónyuge. La Ley de 1910, incorpora el divorcio por mutuo consentimiento, reduciéndose el plazo para contraer nuevo matrimonio a dos años.

Nuevamente se dan importantes reformas del Código Civil en este tema, agregándose como causal de divorcio, la separación con ruptura de relaciones conyugales por más de tres años. Con una nueva reforma legal, también se incorpora la separación conyugal judicialmente autorizada.

A través de sucesivas reformas legales, tenemos en el Código Civil, el texto hasta hoy vigente, esto es, el divorcio consensual o por mutuo consentimiento y, el contencioso o por causal, contemplados en los artículos 107 y 110, respectivamente del Código Civil, cuya competencia exclusiva corresponde a los Jueces de lo Civil.

Como vemos nuestra actual legislación recoge algunas causales de divorcio ya existentes desde tiempos atrás, y que poco a poco acorde a los tiempos modernos, la institución del divorcio se ha perfeccionado, sin que esto signifique ser suficiente, pues falta mucho por avanzar, ya que aún existen vacíos legales, tanto en nuestra legislación Civil, cuanto en el campo Notarial.

A partir de importantes reformas a la Ley Notarial, se dan facultades al Notario para que tramite algunos actos de jurisdicción voluntaria, que los tenía únicamente los Jueces de lo Civil, tanto es así que en el año 2006 se amplía el artículo 18 y en su numeral 22, se da facultades al Notario para que tramite el divorcio por mutuo consentimiento siempre y cuando no existan hijos menores de edad o bajo dependencia, siendo un limitante legal con el que no estoy de acuerdo, debido a que se obliga a las partes a recurrir a la lenta administración de justicia a competencia del Juez de lo Civil, y; que por ser un acto de jurisdicción voluntaria tranquilamente puede ser conocido y tramitado ante un Notario público.

Es así como se ha venido dando el divorcio, a competencia únicamente de los jueces de la Civil, incluyendo la facultad del notario antes mencionada de una manera inapropiada y no acorde a las necesidades del usuario. Es evidente que el actual sistema administrativo de justicia es lento, tomando en cuenta la gran cantidad de trámites que ingresan a las judicaturas, o ya sea por falta de personal, o la falta de tecnología acorde a la realidad actual que se requiere, o por falta de preparación de los administradores de justicia, hace que los trámites se vuelvan engorrosos y no permiten una justicia más ágil, no se despachan en forma oportuna, no se respetan los plazos previstos legalmente, causando perjuicios económicos y pérdida de tiempo al usuario, vulnerando los principios de celeridad, economía procesales, seguridad jurídica, inmediatez, entre otros, debido a ciertos limitantes legales como los ya mencionados, esto es, en la contemplada Ley Notarial, artículo 18, numeral 22, al menos en cuanto al tema que me ocupa.

Ante tal situación es menester que el Poder Legislativo y los Órganos reguladores de la justicia, tomen en consideración la urgente necesidad de plantear soluciones prácticas y jurídicas, puesto que el divorcio trae consecuencias negativas como son la disgregación familiar, pone en riesgo los bienes patrimoniales, causa enfrentamientos sociales y familiares, entre otros; tomando en cuenta que los que más pierden ante los efectos negativos del divorcio son los hijos ya que no se desarrollan física y psicológicamente en un ambiente sano que les permita tener acceso y protección a varios de los derechos contemplados en la Constitución y leyes, tales como la educación digna, salud, a vivir en un ambiente sano, derecho a una vivienda adecuada, alimentación, vestuario, etc. Por lo tanto es imprescindible buscar soluciones prácticas, a fin de que cuando el divorcio sea inevitable, se dé en la forma más pronta y eficaz evitando litigios judiciales innecesarios.

Es hora de buscar soluciones que no serán definitivas, pero que al menos en gran parte de pueda rescatar los principios de celeridad, seguridad jurídica, economía procesal, e igualdad entre otros, tratando de descongestionar el caduco, lento y engorroso sistema de justicia actual, lo cual se podría lograr dejando a un lado los limitantes contemplados en el artículo 18

numeral 22 de la Ley Notarial con referencia al divorcio por mutuo consentimiento en una notaría.

Por lo expuesto, el objetivo general de este trabajo es, proponer un anteproyecto de reforma a la Ley Notarial, que establezca la facultad del Notario para poder disolver el matrimonio con existencia de hijos comunes menores de edad o bajo su dependencia, siempre que en la solicitud los padres resuelvan sobre la situación económica de dichos hijos comunes menores de edad o bajo su dependencia, en cuanto a la conservación, cuidado, alimentación y educación, como lo establece el artículo 115 del Código Civil.

CAPITULO I

EL DERECHO NOTARIAL

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO NOTARIAL

La constatación de hechos y la necesidad social de su perpetuación, sentida desde los más remotos grupos sociales, constituyen el punto de partida donde ha de buscarse su origen mismo de la función notarial. En este primer punto, pretendo tratar de una manera concreta los antecedentes históricos del Derecho Notarial, que sirvieron de base para el nacimiento de la actual institución del notariado. Veremos que el Derecho Notarial se ha ido adaptando a las necesidades surgidas en las diferentes etapas históricas y al lugar en que nacen.

El notariado en sus inicios no se consideraba como una figura jurídica, de tal modo que ni siquiera contaba con fe pública; ésta la adquirió a través del tiempo y por las diversas necesidades del momento. Quienes empezaron a ejercer dicha función eran aquellas personas que sabían leer y escribir, y; quienes de alguna forma ayudaban al Rey o algún funcionario de un pueblo para redactar los diversos textos.

Al notario, antiguamente se lo conocía como ESCRIBA. "Que perteneció a la clase popular y salió de ella sobre la base de inteligencia, esfuerzo y sacrificio, realizando largos y difíciles estudios, generalmente en los aspectos: contable y literario, "contadores y copistas"¹, lo que les dio privilegios y favores de la clase alta, a la cual sirve.

¹ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Editorial Driskill, Buenos Aires, 1990, Pág. 579.

Una característica peculiar del Escriba es su vasto conocimiento como “doctor e intérprete de la ley” orienta y aconseja, llegando alguna vez a ser consejero del Rey. Por otro lado, su actividad profesional desde el principio parece estar ligado al registro del patrimonio: personal, colectivo o estatal, cuya función tomó gran relevancia e importancia sobretodo en dos pueblos antiguos: el hebreo y el egipcio.

Por lo general, los reyes y funcionarios públicos del pueblo hebreo no sabían leer y escribir, es por esta razón que se auxiliaban de los escribas para realizar sus funciones; es así como se fueron colocando paulatinamente dentro de las otras funciones de la administración pública de ese pueblo lo cual es el antecedente más remoto de las funciones notariales que conocemos actualmente.

El escriba, en la legislación hebrea, enseñaba el conocimiento de los libros sagrados y su palabra era considerada ley, es por esto que el escriba debía tener un comportamiento ético y moral intachable además de una buena formación intelectual.

En el pueblo hebreo se conocieron varias clases de escribas, de los que puede afirmarse que ejercían fe pública, pero en realidad no la ejercía de la propia autoridad, sino que esta dependía de la persona de quien el escriba dependía directamente. Tal parece que la razón principal por la cual se requerían sus servicios era por saber leer y escribir, por tal razón no le consideraba como un verdadero notario.

Lo anterior no hace ver que las funciones fundamentales del escriba y al notario actual tienen gran parecido; ya que ambos redactan actos jurídicos y les dan la notoriedad oficial que la organización en que viven les permite.

En el caso del pueblo egipcio, la función del escriba era similar a la del pueblo hebreo, sin embargo el escriba egipcio además de saber leer y escribir se le denominaba como un consejero directo del faraón, y es aquí donde

apareció el papiro egipcio que es lo más similar a nuestro papel; más aún que el ladrillo babilónico o la tabla encerada romana, el cual se considera como el antecedente más antiguo de la forma de nuestros documentos. En Egipto el título se Escriba era considerado por los centros de estudio.

En Grecia los notarios asumieron directamente la función registradora, tanto para los contratos celebrados entre particulares, como para los convenios internacionales. En este pueblo existieron oficiales públicos encargados de redactar los documentos de los ciudadanos, estos oficiales públicos eran los notarios, quienes tenían diferentes denominaciones entre ellas: Apógraphos o Singraphos, a veces eran llamados Mnemones o Promnemones, todos estos nombres hacían referencia a la función escrituraria o redactora, cuyo fin principal es el de dejar constancia de los hechos.

Los Singraphos eran considerados como verdaderos notarios, cuya principal función consistía en llevar un registro Público. Estos sujetos eran muy comunes en la ciudad de Atenas, en la cual no se otorgaba contrato alguno si no se realizaba la inscripción en el registro público. Cada tribu contaba con dos de ellos, los cuales estaban más circunscritos a la familia o gentilicio y gozaban de grandes consideraciones y honores.

En Roma, cabe mencionar que dicho pueblo en la antigüedad tuvo un gran desarrollo en lo que a derecho se refiere, a tal grado, que creó su propio sistema jurídico, el cual llegó a ser el punto de partida de nuestro derecho actual. Tan es así, que los romanos tuvieron en su conocimiento conceptos como el de justicia expresado por Ulpiano, que para la materia que estamos estudiando es de vital importancia, ya que el derecho notarial debe en todo momento dar a cada cual lo que le corresponde por derecho.

Las funciones notariales en su origen romano carecían de la facultad de autenticación que era realizada por los pretores; la función notarial en sí estuvo atribuida y dispersa a una multitud de oficiales públicos y privados, sin que las atribuciones que debían tener un notario recayeran en una sola persona.

Se llegan a conocer cuatro tipos de personas que eran los más característicos de la antigua Roma, quienes ejercían funciones del tipo notarial y eran: el escriba, el notarri, el tabularius y el tabellio, con lo que podemos concluir que la función notarial estaba atribuida a una variedad de oficiales.

Los escribas acompañaban a los pretores romanos que enviaban a provincias, su función consistía en extender las actas, escribir los decretos y custodiar en los archivos las cuentas del Estado. Desempeñaban el oficio de escribanos al lado de las autoridades constituidas y daban fe de los actos de éstos. Por las características de estos funcionarios podían ser los antecesores de los que actualmente desempeñan fe pública, administrativa, incluso la judicial, pero no así la notarial.

El notarri fue un técnico en la captación de la exposición oral que hiciera un tercero para luego pasarla por escrito con celeridad.

Los tabullarius y el tabellio son considerados como los principales antecesores romanos del notariado; en comparación con los escribas y el notarri que desempeñaban una función más de carácter administrativo, el tabullarius es una figura que nace por decreto del Príncipe.

Por tal motivo llegaron a pertenecer al derecho público, estos oficiales venían a ser una especie de archiveros de documentos privados, además desempeñaban las funciones oficiales del censo, y; debido al hábito de la custodia de documentos oficiales, se les encargó también el depósito de los testamentos, contratos y documentos que los particulares consideraban debían ser guardados con el fin de que surtan sus efectos cuando la situación así lo amerite. A pesar de que los tabullarius tenían bajo su custodia los documentos mencionados anteriormente, este hecho no producía por si mismo su carácter autenticador de los actos privados; pero se puede afirmar que estos oficiales tenían fe pública no solo por lo que respecta al censo, sino también al hecho de la entrega de los documentos privados que estaban bajo su custodia. Por lo

anterior, se puede decir que la fe pública no afecta el contenido de los documentos pero sí a la entrega de los mismos.

Es a través del tabullarius y del tabellio como se llega a perfilar la figura del notario, sin embargo no son estos los notarios que conocemos actualmente, ya que faltaba la función legal de dar solemnidad a los actos formales del derecho romano.

El desarrollo jurídico en Roma era constante, motivo por el cual se produjeron varios intentos de compilaciones legislativas, tal es el caso del Código Gregoriano, el Código Hermogomiano, la compilación de Teodosio II o Código Teodosiano, y la más importante de todas, la de Justiniano Augusto (527-565), quien una vez que unificó a todos los territorios itálicos, dio inicio a su extraordinaria labor jurídica de compilación. Su trabajo de codificación comprende cuatro partes: el Código, el Digesto o Pandectas, las instituciones y las Novelas.

En las novelas (novellas), se encuentran grupos de normas reguladoras de la actividad del "tabelión", así como los requisitos documentales. Entre las novelas reguladoras de la actividad notarial se pueden citar:

- 1.- Constitución XLV o Novela XLIV,
- 2.- Constitución XLVIII o Novela XLVII,
- 3.- Constitución LXXVI o Novela LXXIII; y en particular
- 4.- Constitución XLVIII o Novela XLVII que establecía como los notarios deberían iniciar y redactar los documentos.

En estos documentos se especifican entre otros la actividad en lugares llamados "plaza", requiriendo que el tabelión estuviere presente desde el comienzo hasta la terminación del documento. Era indispensable la presencia del tabelión hasta el punto que su ausencia le era sancionada con la pérdida de la "plaza" o "statio".

La lectura del documento requería de varios momentos o fases, que se pueden resumir así:

- a. Las partes acudían al Tabelión y le imponían el deseo de realizar un negocio jurídico o contrato. Era la "rogatoria", la que generalmente estaba a cargo de subalternos llamados "ministrantes";
- b. El segundo momento lo constituía la "speda", especie de proyecto que se leía a las partes, a los fines de su aprobación corrección, etapa conocida como "initium";
- c. Aprobado el contenido de la "speda", se pasaba en limpio para que las partes lo firmaran, o suscribieran; esto se hacía en hojas de paio y se conocían como "protocolum";
- d. Finalizada la escritura en el "protocolum", venía la autorización por parte del Tabelión, conocido como "completio".

Estas regulaciones justinianas del tabelionato romano, advierten el apareamiento de principios estrictamente apegados a las normas del notariado, entre ellas se puede determinar el interés de dotar a la escritura pública de fe notarial y la esencia de lo que es la figura de los testigos instrumentales. También se hace mención "al encargo" o "el encomendar" la redacción de un documento, de donde por lo general el notariado actúa a petición o rogación de las partes.

En fin, dichas novelas ofrecían una detallada regulación sobre la actividad del Tabelión romano. Ordenación que por otra parte, además de otorgar seguridad y certeza del acto podía servir de fundamento para el adelanto técnico jurídico de la ciencia notarial, no solo en el imperio sino en su desarrollo posterior.

La gran labor Justiniano, constituyó un elemento de gran importancia en el desarrollo del pensamiento jurídico; y en cuanto a su influencia posterior es sabido que el derecho Justiniano se extendió a lo largo y ancho de Europa,

incluyendo la Península Ibérica y, por supuesto a los campos en donde se habían establecido los imperios franco y romano-germánico. Esta influencia cobra una especial relevancia en la materia notarial; ya que el "sistema latino" del notariado, sea amplio no solamente en España iberoamericana, sino que abarca países como Alemania, Holanda, Austria e inclusive secciones de Los estados Unidos (Lousiana) y Canadá (Provincia de Quebec), para no hablar de regiones tan distantes en el espacio y en su formación histórica, como es el caso del Japón.

La obra de Justiniano marcó huella y rumbo en los posteriores trabajos de compilación legislativa, tal es el caso de la Constitución de León VI el Filósofo (Novele 115), y conocido también como el Sabio. Estas leyes eran la traducción al griego de las novelas de Justiniano y representaron sobre todo el esfuerzo organizativo de las Corporaciones Gremiales las que eran precedidas por las tabularii. Y es importante, además, por cuanto contenía una serie de exigencias requeridas a la persona del Notario, quien debía tener muchas virtudes y gran sabiduría. Eran sesenta libros los que regulaban la materia notarial y se les conocía como el Libro de Leparca o Libro del Prefecto.

Según OTERO Y VALENTÍN, en España se distinguen seis períodos que van desde la independencia española de Roma hasta la época contemporánea.

Primer Período.- Comprende desde la independencia de Roma hasta el siglo XIII. Se atribuye a CASIODORO, senador del rey godo Teodorico, un gran avance que ha proseguido hasta nuestros días y que consiste en distinguir el papel de los jueces del papel de los notarios, para lo cual los primeros se radican a fallar contiendas, en tanto que los segundos tienen por misión él prevenirlas.

De este primer período forman parte también las famosas 46 fórmulas visigóticas (año 600), según las cuales, los órganos necesarios para la formación de los instrumentos públicos, son: 1.- Los otorgantes, y; 2.- Los

testigos presenciales, que llegaron a exigirse hasta en número de doce. Según ellas, el escriba presencia, confirma y jura en derecho, pero no interviene más que si las partes libremente se lo solicitan. El hecho de que el escriba jura en derecho, implica un principio de fe pública, dicho juramento se lo hace para que las actuaciones puedan ser creídas por quienes no las escuchan o presencian.

En el año de 641, se promulga el Fuero juzgo "Primer Código General de la Nacionalidad Española". Según este cuerpo legal, los escribanos se dividen en escribanos del pueblo y comunales. Sólo los escribanos escribían y leían las constituciones (leyes), para evitar el falseamiento tanto de su promulgación, como de su contenido.

En este primer período, se habla del notario para confirmar los contratos.

El segundo período, comprende del siglo XIII al siglo XV. Se caracteriza porque en él se determina la función notarial como pública. Le dan su sello básico las leyes de don Alfonso X, El Sabio, o sea, el Fuero Real y las Siete Partidas.

a) El Fuero Real (año 1255); llamado también "Fuero de las Leyes", "Fuero de las Leyes" o "Libro de los Consejos de Castilla", era una Ley de contenido nacional, constituyó un intento serio de unificación legislativa. En ella se habla concretamente de los "escribanos públicos" en libro I, Título VIII; y el libro II, Título IX "Cartas y traslados" del documento notarial. Lo novedoso e importante de estas disposiciones es la obligación que se impone a los notarios de conocer a otorgantes y testigos; y por primera vez la fe de conocimiento; por otro lado, era obligatorio otorgar testamento ante escribano para que no existan dudas y para evitar las contiendas. Los escribanos son meros auxiliares de los deseos de los particulares, cuya tarea era la de tomar nota de los actos que presenciaban o en los que intervenían. Estas "notas primeras" servían para en caso de que la carta se perdiera o surgiera respecto de ella alguna duda pueda "ser probada por la nota donde fue sacada".

b) El Código de las Siete Partidas, se ocupa no sólo de la organización notarial y su función, sino que llega a contener fórmulas para la autorización de los instrumentos y plantillas para la redacción de determinados contratos. Establece las condiciones éticas que han de reunir los escribanos, de su lealtad, de su competencia, señala dos tipos de escribanos, los que escribían las cartas y despachos de la casa real, y; los escribanos públicos, quienes redactaban los contratos de los hombres comunes. Se obliga a que "las notas" de los escribanos se inscriban en un libro llamado registro, en el cual constarán todos los escritos de remembranza de los hechos de cada año, y que también se llama minutario. Las cartas deben ser "hechas por manos de escribanos públicos... porque falsedad sin engaño no pueda ser hecho en ellas".

En la Partida III, el escribano, antecedente del notario, era ante todo un hombre que sabía escribir y, por lo tanto era quien tenía encomendado hacer constar los "privilegios", "cartas" y "actas" en casa del rey, eran los escribanos reales; pero por otra parte, también estaban encargados de hacer constar "las cartas de las véndidas", "compras", pleytos" y las "posturas" de los hombres en las ciudades y en las villas, y estos eran los "escribanos públicos", anteceden directo de lo que hoy son los notarios públicos

En la ley III de la Partida II se recogió una disposición tomada del Fuero Real, otra de las obras legislativas de Alfonso X que se refiere al nombramiento de los notarios, que bien puede entenderse como el antecedente directo de lo que luego paso a ser el método del nombramiento del notario latino, esto es por la vía administrativa.

Esta obra Alfonsina ha sido de gran importancia para la institución notarial, "puesto que la influencia de sus preceptos se extendió en forma tal que podemos decir hoy en día que muchas de estas concepciones y leyes han inspirado gran número de preceptos de las legislaciones presentes".

En conclusión, se afirma que este segundo período, las cartas o instrumentos sólo acreditan lo que se celebró, por lo que no pasan del género de actas. Impera la voluntad de los otorgantes, y el escribano sólo es medio para garantizar una prueba del hecho de celebración del acto o contrato, pero sin que garantice técnicamente con su competencia, el justo obrar de las partes. Es pues, el escribano, un medio para acreditar pruebas.

b) Ordenamiento de Alcalá (año de 1348), dado en Alcalá de Henares por el rey don Alfonso XI cuyo propósito era coordinar las leyes y conciliar los sistemas de ritos y costumbres jurídicas, contiene dos leyes que interesan al notariado en forma muy importante:

La Ley Única del Título 16avo que establece que aquel que se hubiese obligada algo no podría aducir falta de forma o solemnidad ni falta de intervención de escribano público, pues la obligación contraída y el contrato aceptado valía y debía ser otorgado en cualquier manera que parezca que uno se quiso a obligar a otro. Esta ley es un dique que detiene la marcha de los ritos y suprime la distinción de "pacto" o convención y la de "contrato" o estipulación, permitiendo que cualquier forma o modo empleado para manifestar la voluntad sea válido, sin que valieran disculpas o pretextos.

La otra Ley es la del Título 19avo del Ordenamiento de Alcalá. Establece que el testamento debe hacerse ante escribano, con presencia mínima de 3 testigos vecinos del lugar; se impone la unidad del acto para el testamento y se reconoce como válido el testamento parte testado y parte intestado.

Antes de seguir adelante debemos hablar de la enajenación de oficios, las Partidas consideraban la función del escribano como pública, y ésta se extinguía con la muerte del titular, pues un oficio público no era propiedad particular, sino del señorío del reino; pero esta tesis nunca se aplicó, ya que la facultad de ejercer la fe pública se entendió concedida a perpetuidad, con el carácter de "cosa" que estaba en el comercio y que, por tanto, se podía

comprar y heredar. A esto se llamó la “enajenación de oficios”, que se multiplicaron hasta el infinito porque aumentaba la popularidad y los partidarios de quienes las otorgaban. Sin embargo la multiplicidad de los oficios rebajó el nivel moral y técnico de los escribanos; y como llegó en un momento en que todo aquel que pagara podría convertirse en escribano, se echó mano al sistema, para abastecer las arcas del erario. Llegaron a existir, según los tratadistas, hasta 10.000 escribanos en toda España.

Mediante el pago correspondiente, se llegó a dispensar la edad, a subastar los oficios vacantes, a dispensar las visitas de inspección y a dar posibilidad de nombrar sustituto. Hasta hubo escribanos con la facultad para actuar en todo el territorio de España.

Todos estos defectos de la enajenación de oficios alarmaron a los monarcas, quienes dictaban disposiciones para neutralizar estas nocivas costumbres.

El tercer período, denominado de "Reforma de los Reyes Católicos". Comprende 2 épocas:

a) La primera, que se inicia poco antes del descubrimiento de América y no pasa del siglo XV. Las capitulaciones matrimoniales de los Reyes Católicos fueron redactadas por JUAN RAMÍREZ, escribano del Concejo Real, quien también recopiló cartas reales, provisiones y pragmáticas. Los originales de estos notables documentos fueron exhibidos junto con otras joyas de la historia del documento notarial, en Madrid, con motivo del Primer Centenario, el 28 de mayo de 1962, de la Ley Orgánica del Notariado Español de 1862.

En esta primera época de la Reforma de los Reyes Católicos, se dictaron 5 disposiciones sobre los escribanos y sus competencias. En 1480 se revocaron los oficios de los Concejos acrecentados, y las Cartas Reales que permitían heredar, renunciar y traspasar los oficios, y se dictaron disposiciones que obligaban a pasar un examen y llenar otros requisitos para poder

despachar las escribanías públicas; pero la disposición más importante consistió en la determinación de la competencia jurisdiccional del escribano, deponiéndose que las escrituras de contratos, obligaciones y testamentos, debían pasar ante escribanos reales y públicos del número de los pueblos y para que "puedan dar fe de todos los autos extrajudiciales sin pena alguna". ,

En 1941, se vuelve a insistir sobre la competencia de los escribanos, ordenando que ningunos otros escribanos reales ni apostólicos dieran fe ni recibieran "los contratos sobre ventas, trueques y enajenaciones de bienes raíces", quedando prohibida la autorización de dichos actos a los escribanos del Concejo, los Cabildos, los escribanos de cámara, y otros. Los escribanos de número estaban obligados a dar copia de las cartas "a los recaudadores de las Alcabalas", para hacer efectivo el impuesto sobre las enajenaciones de bienes raíces. Esto ya se asemeja a la función moderna del notariado. Y ratificó la práctica de emplear la escritura pública de manera obligatoria en la enajenación de bienes raíces.

b) Segunda época.- Las disposiciones de esta segunda época son todas del siglo XVI, encomendadas a un "perspicaz oidor", que no era "del oficio" de escribanos, porque les duplicaba a éstos el trabajo y les multiplicaba las responsabilidades, por la custodia de los Fondos archivados.

En 1502 los escribanos provistos en oficios renunciados presentarían los títulos en los Ayuntamientos dentro de los 60 días, también se dispuso que los registros de escrituras se entregasen al escribano sucesor del muerto o privado del oficio. Esta disposición es muy importante porque reconoce que el fondo de la función instrumental no tiene carácter patrimonial (lo cual ya se había dispuesto antes, y no se había cumplido, como con posterioridad tampoco se cumplió generalmente).

En 1503 se prohibió nombrar otros escribanos en los pueblos donde los hubiera de número, se dispuso que los escribanos "asentaran los derechos que llevan a las partes, tanto en el registro como en las cartas que dieren, y;

se dieron 5 leyes sobre la formación del protocolo y otras disposiciones relativas:

Se ordena que el protocolo en vez de ser una redacción, sea íntegro y directamente recogido como documento público; que los originales se conserven por el escribano y éste sólo dé copias literales de él; que cada escribano tenga un libro de protocolo encuadernado en el que escriba por extenso las notas de las escrituras, en las que se especifique todas las condiciones, partes, cláusulas, renunciaciones y sumisiones.

Se ordenó en la Ley 1a. "... y que así como fueren escritas tales notas, los dichos escribanos las lean en presencia de las partes y los testigos; y, si las partes los otorgaren, las firmen de sus nombres, y si no supieren firmar, firmen por ellos cualquiera de los testigos, o otro que sepa escribir el cual dicho Escribano haga mención cómo el testigo firmo por la parte que no sabía escribir; y si en leyendo dicha nota y registro de dicha escritura, fuese algo añadido o menguado, que el dicho Escribano lo haya de salvar y salve, en fin de tal escritura, antes de las firmas, porque después no puede haber duda de si la dicha enmienda es verdadera o no; y que los dichos Escribanos sean avisados de no dar escritura alguna signada con su signo, sin que primeramente al tiempo del otorgar de la nota, hayan sido presentes las dichas partes y testigos y firmada como dicho es..."

En 1493 ocupó el trono imperial Maximiliano de Austria, emperador del Sacro Imperio Romano-Germano. Promulgó un estatuto conocido como "Constitución Imperial sobre notariado" (1512). Comienza conforme a costumbre de la época, con una especie de "invocación" de principios objeto de la materia que va ser regulada, modificada o rectificada, y expresa el deseo de que los hechos de los hombres dejan memoria determinada, cierta y perpetua. Así indica de que, "no sólo es prioritario mantener la justicia y la paz, sino también solucionar aquellas cosas que acontecen todos los días en el Gobierno de la República y entre los ciudadanos, es necesario que exista el oficio de notario, por el cual los deseos, voluntades y hechos de los hombres (a fin de

que no caigan en el olvido o en la debilidad de la memoria), por medio de la escritura y públicos documentos firmados, se transmitan y permanezcan de una manera determinada cierta y perpetua".

Establece esta constitución las solemnidades notariales traducidas en muchas formalidades, entre ellas la obligación de concurrir ante el notario y la de dar lectura a las partes del documento; regula el modo de tener acceso al cargo notarial; señala la manera que han de llevarse los protocolos; la forma muy solemne de los testamentos; previene a los notarios sobre la falsedad y falacia de muchos; impone una regulación cuidadora, y; sobretodo una serie de prohibiciones a los notarios a manera de ejemplo morales en aquello que no deban incurrir; se ordena que todo documento debe comenzar, sin omitir la invocación del nombre de Dios; año de la salvación, la indicación del año del principal mes y día.

Esta obra maximiliana, trae una serie de documentos de suma importancia, no sólo para la función notarial en sí, sino ante la cuidadosa elaboración del instrumento público, fundamental por las consecuencias jurídicas del acto sometido al Notario.

Con la Revolución Francesa se dicta el "Estatuto Frances" denominado el 25 DE VENTOSO (16 de marzo de 1803), se promulga una ley rectificadora de una serie de defectos, faltas o errores, ésta tubo que necesariamente recoger las nuevas concepciones político-filosóficas impuestas por el nuevo orden de cosas..

Este texto legal paso a ser un antecedente de las modernas legislaciones notariales, no solamente por la perfección su contenido en materia notarial sino principalmente por el avance en preceptos regulatorios que no habían tenido la misma trascendencia en otros países, donde al igual que en Francia continuaba debatiéndose el notariado debido a deficiencias

legislativas y a la apatía gubernamental para poner orden en esta actividad que tan sustancialmente atañe al interés del Estado y la sociedad.

Es una ley de unos 69 artículos; la primera parte (Título I, artículo 1), habla de los notarios y actas notariales; de las funciones competencia y deberes notariales. Concibe y define a los notarios como funcionarios públicos, competentes para recibir las actas y contratos a que las partes quieran dar el carácter autenticidad, propio de los actos públicos, así como para asegurar la fecha y llevar depósito.

Una de las características que ha tenido el notariado, en todos los sistemas jurídicos al correr de los tiempos, en todos los países, y desde muy lejos, es la estabilidad del notario. Es curioso anotar que en la época de la ley del ventoso, año de transformaciones y cambios profundos en el orden legal se consagrara la concepción del funcionario vitalicio en un campo público. El notario lo es de por vida.

Se establece, claramente, la división entre fe notarial y aquella dada por el juez; con lo cual se dan provechosamente diferencias entre el notario y otra serie de funcionarios, que actúan en la esfera de lo jurídico, como comisarios, procuradores, relatores, etc, consagra una incompatibilidad entre dichos funcionarios y, al propio tiempo exige la autonomía de la función notarial, dando al notario la calidad de funcionario público sin que llegue a formar parte de la estructura administrativa del Estado.

Esta ley, dada su importancia para el momento histórico en que se la promulgó, hubo de influir y así sucedió en muchas concepciones notariales posteriores no solo en Francia sino en varios países

En América con la conquista de España a los pueblos del nuevo mundo se da como consecuencia la introducción de una nueva forma de vida social, política y legal.

Con Cristóbal Colón, llega América un personaje poco conocido en la Historia, pero que para este estudio resulta de mucha importancia, por cuanto constituye ser el primer escribano o notario de que se conoce su nombre fue Rodrigo de Escobedo y ostentaba el título de "Escribano del Consulado del Mar". Su función era la de anotar todos los acontecimientos, novedades, autorizar la salida y entradas de toda clase de personas al buque etc. Al llegar Colón a América, Escobedo con todas las anotaciones hechas en sus libros, se identificó el mismo como el Primero Notario de América

El hecho del descubrimiento, trajo como consecuencia, la incorporación de todos los territorios a la Metrópoli, lo que ocasionó un traslado íntegro de sus leyes y la vigencia de ellas en su integridad. Los pueblos descubiertos por la Metrópoli se rigieron en un principio a las leyes de la corona española, posteriormente fueron, dictándose infinidad de preceptos, regulaciones y normas para aplicarse a las situaciones.

En cuanto al Derecho Notarial se refiere, puede decirse que se aparta del esquema general, ya que un principio rigió el régimen español, pero más tarde se fue modificando de acuerdo con las exigencias del tiempo y el incremento de las relaciones de la Colonia, es decir no por ingerencia de España, sino por nuestro propio desarrollo.

Dentro del territorio Ecuatoriano el primero dato que se tiene es el del Doctor Jorge Jara Grau, quien señala que la primera actuación notarial que registra la historia ecuatoriana es la del escribano Gonzalo Díaz de Pineda, quien extendió el acta de fundación de Quito, el año 1534, correspondiente a la primera fundación, luego la segunda y la tercera y definitiva el 6 de diciembre.

El mismo autor además nos señala que los notarios eran nombrados en número determinado por cada circunscripción territorial, y tenía el carácter de vitalicios. En 1937, el Gobierno nacional mediante decreto supremo da el nombre de Notarios, a los antiguos escribanos y les confieren en forma exclusiva la autorización de dar fe pública extrajudicial y permanencia en sus funciones mientras duraba su buena conducta.

En octubre de 1966, el Presidente Interino de la República Clemente Yerobi Indaburo, sanciona la actual Ley Notarial, que constituye el primer conjunto de normas orgánicas que se refieren al notariado y a sus diversos aspectos y funciones.

Nace así, en nuestra República una nueva institución jurídica dentro del derecho que como ciencia independiente, reclama su desarrollo y conocimiento.

Como se ve el Notario estaba presente en los actos más importantes y trascendentales del país. Además ejercía doble función: la notarial propiamente dicha y la de Juez de Paz, amigable componedor, como lo atestiguan las escrituras autorizadas y los juicios que reposan en el Archivo Nacional.

El origen del notariado es muy remoto, pero data desde que el hombre comenzó a vivir en sociedad.

Su primer ancestro es el Escriba, un hombre con capacidad de leer y escribir, en elemento esencial en una organización jurídica y administrativa de los reynos.

En la antigüedad el Escriba era un hombre privilegiado, honorífico, funcionario público, sacerdote, escribano, memorista, registrador.

En la Edad Media los escribas preferentemente fueron los Frailes, quienes mezclando la moral religiosa y el derecho desempeñaron bien el papel de notario.

En la historia, también encontramos el origen del notario, que era la persona encargada de registrar en sus quipus todos los actos del Inca, acuerdos de paz, números de soldados, estadísticas, etc, personaje que duró hasta la colonia.

En la conquista de los españoles, trajeron consigo a notarios, que no eran letrados, sin títulos, mitad soldados y mitad escribanos, encargados de las fundaciones de las ciudades, pero esta institución fue corrompida por la codicia y el poder, sólo estaba a favor del conquistador con mayor poder en ese momento.

Con la Colonia el escribano o notario decayó completamente, pasando a ser de un hombre honorífico a un deshonesto, inmoral, corrupto, sirviendo al que más tenía o al que más influencias poseía en ese momento. Esta institución se denigró por completo.

Con la República, poco a poco se fue disminuyendo su cantidad y aumentando su calidad, con los respectivos decretos impusieron que debe ser letrado en abogacía, no deben ser muchos en una localidad y sobre todo ordenaron que se les tenga respeto y consideración

1.2. EVOLUCIÓN DE LAS LEYES RELATIVAS AL DERECHO NOTARIAL EN NUESTRA LEGISLACION.

Las raíces del notariado ecuatoriano están en el Derecho Indiano, aquel que se formó en America, luego de su descubrimiento den 1492, compuesto por el Derecho Español, el Derecho Canónico Ecuménico y aquellas normas que se iban sistematizando a medida en que las necesidades y circunstancias así lo determinaban en estas nuevas tierras. Recordando la frase de que la historia del notario va de la mano con el instrumento, asimismo sucedió con

aquel derecho que empezaba a surgir y regir en América descubierta por Colón.

Aberlardo Levaggi, en su artículo “Derecho Romano y Derecho Indiano en el siglo XVII” (publicado en el Anuario Histórico Jurídico Ecuatoriano, Tomo V), afirma que “Un filón más en el Derecho Indiano en el que es posible descubrir la vigencia del Derecho Romano lo constituyen los documentos notariales. Desde luego que la situación en España era exactamente la misma, las escrituras respondían a modelos que eran copiados literalmente y nadan diferían los textos peninsulares de los textos americanos. A aquellos precisamente se refería Juan Francisco de Castro cuando decía que los escribanos “apenas dan de de instrumentos en que no intervenga renunciación de algunas leyes romanas que corruptamente citan en las mismas escrituras” Y agrega luego: “Sucede que en el orden notarial tanto o más que en el judicial, el peso de las fórmulas judiciales era abrumador”. Por esta razón, estas se repetían de manera sacramental.

En lo que tiene que ver con las disposiciones legales relativas a los notarios, hasta el año de 1966, éstas se encontraban estipuladas en el Estatuto Orgánico en el año de 1922, en la Ley Orgánica de la Función Judicial de 1959 y una posterior 1974, y; en el Código de Procedimiento Civil de 1938.

Mediante Decreto Supremo Nº 1404, de 26 de octubre de 1966, suscrito por el Presidente Interino Clemente Yerovi Indaburu, se promulgó la Ley Notarial, publicada en el Registro Oficial Nº 158, de 11 de noviembre de 1966; mientras que la Ley de Derechos Notariales se promulgó en el Decreto Supremo Nº 1366, de 20 de octubre de 1966, publicada en el Registro Oficial Nº 151 de 31 de los mismos mes y año.

"Los Notarios consiguieron que los actos y contratos que sean incorporados a los protocolos a su cargo, dejen de escribirse a mano y se los haga a máquina, lo cual consta en el Decreto Supremo Nº 530, dictado por el General Guillermo Rodríguez Lara, publicado en el Registro Oficial Nº 563 de

30 de mayo de 1974. En el mismo gobierno de Guillermo Rodríguez Lara, se dicta una nueva Ley Notarial el 2 de septiembre de 1974, publicada en el Registro Oficial Nº 636 de 11 de los mismos mes y año"².

Mediante Decreto Supremo 2386, publicado en el Registro Oficial Nº 564 de 12 de abril de 1978, se dio al notario nuevas atribuciones, agregándose al artículo 18 de la Ley Notarial, el numeral 5, para que pueda dar fe de la exactitud, conformidad y corrección de fotocopias y otras copias producidas por procedimientos o sistemas técnicos mecánicos, de documentos que se les hubiere exhibido, conservando una de ellas con la nota respectiva en el libro de diligencias que se llevarán al efecto; y el numeral 6, le da facultad al notario a levantar protestos por falta de aceptación o de pago de letras de cambio o pagarés a la orden, entre otras.

En el Registro Oficial Nº 476 de 10 de julio de 1986 se reformó la Ley Notarial, es así que se agregaron al artículo 18, tres nuevas atribuciones notariales:

Numeral 7. "Incorporar al libro de diligencias, actas de remates, de sorteos y de otros actos en que hayan intervenido a rogación de parte y que no requieran de las solemnidades de la escritura pública;

Numeral 8. "Conferir extractos en los casos previstos en la ley";

Numeral 9. "Practicar reconocimiento de firmas".

Además de las reformas antes enunciadas por primera vez se incluye en la Ley Notarial, el Título III "De la Organización Notarial", mediante el cual se dispone la formación de los Colegios de Notarios de la República, los que

² VACA, Patricio, "Práctica Notarial", Editorial Jurídica del Ecuador, Quito, 2007, Pág. 14.

integrarán la Federación Ecuatoriana de Notarios (FEN), con personería jurídica de derecho privado, que tendrá la representación de los Notarios ante el Estado ecuatoriano y ante la Unión Internacional del Notariado Latino, para lo cual contaban con los estatutos elaborados por la Asamblea de los Colegios de Notarios, aprobados mediante Decreto Ejecutivo Nº 0898, dictado por el Dr. Oswaldo Hurtado Larrea, Presidente Constitucional de la República del Ecuador, publicado en el Registro Oficial Nº 757 de 4 de junio de 1984.

La reforma a la Ley Notarial, de 8 de noviembre de 1996, publicada en el Suplemento del Registro Oficial Nº 64, aprobada por el Plenario de las Comisiones Legislativas, facultó a los Notarios realizar algunos actos de jurisdicción voluntaria, en los que antes sólo tenía competencia un juez de lo civil, con La finalidad de agilizar la administración de justicia. Además se estableció que los Colegios de Notarios y la Federación Ecuatoriana de Notarios se registrarán por sus respectivos estatutos y se instituyó el Tribunal Nacional de Disciplina.

Mediante Ley Nº 62, publicada en el Registro Oficial No 406 del martes 28 de noviembre del 2006, se reforma nuevamente la Ley Notarial con la finalidad de descongestionar los despachos judiciales, confiando a los notarios algunos actos de jurisdicción voluntaria, así se tiene que, podrán actuar en la apertura y publicación de testamentos cerrados, diligencia que concluye con la suscripción del acta de apertura y lectura del testamento, al cabo de lo cual todo lo actuado se incorporará al protocolo del notario, a fin de que se otorguen las copias respectivas.

Además los notarios podrán proceder al Registro de firmas de funcionarios y representantes de personas jurídicas, siempre y cuando haya petición de parte y el notario tenga conocimiento pleno de quien registra sus firmas; podrán autorizar los actos de amojonamiento y deslinde en sectores rurales, a petición de las partes, siempre que exista acuerdo y tengan por objeto el restablecimiento de los linderos que se hubieren o en que se deban

fijar por primera vez la línea de separación entre dos o más inmuebles, con señalamiento de linderos; tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia; proceder a la liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal, en la cual podrán intervenir cónyuges o ex cónyuges o los convivientes vinculados bajo el régimen de la unión de hecho, según el caso; autorizar la emancipación voluntaria del hijo adulto; tramitar la declaratoria de interdicción para administrar los bienes de una persona declarada reo por sentencia ejecutoriada en el ámbito penal; solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 222 del Código Civil; declarar la extinción de usufructo, previa la justificación instrumental correspondiente y de acuerdo con las reglas del Código Civil, a petición del nudo propietario, cuando se ha producido la muerte del usufructuario, o por la llegada del día o cumplimiento de la condición prefijados para su terminación o por renuncia del usufructuario.

Todas estas atribuciones, se las agrega a continuación del artículo 18 de la Ley Notarial, y van de los numerales 19 a 27, y que constan en el artículo 6 de la Ley Reformatoria a la Ley Notarial, publicada en el Registro Oficial № 406 de 28 de noviembre de 2006.

1.3 CONCEPTO DE DERECHO NOTARIAL

El primer problema que se presentó antes de proceder a enunciar un concepto de Derecho Notarial, es saber si se puede hablar de una rama autónoma del derecho, las posiciones de los tratadistas son contrapuestas.

Definir al notario o la palabra notariado, es considerar al grupo de quienes la desempeñan. Se ha dicho que la naturaleza del notariado se exterioriza en la práctica del conjunto de facultades que constituyen el ejercicio de la función notarial, la que a su vez, es una prerrogativa del poder público

que va encaminada a declarar el derecho mediante una manifestación con la que se forma el acto jurídico.

Para una escuela, el Derecho Notarial carece de autonomía no puede constituirse en una rama de Derecho con las atribuciones y la riqueza de tal. Se trata simplemente de un conjunto de reglas que rigen una función auxiliar y por lo tanto delimitada y hasta cierto punto disminuida.

La primera posición doctrinaria niega toda posibilidad a la función notarial de alcanzar la calificación de rama independiente del Derecho y en consecuencia para los sostenedores de esta tesis hablar de Derecho Notarial es una falsedad científica, ya que para ellos lo que compone tal derecho no es sino un conjunto de normas de otras ramas del derecho como el civil, comercial, menores, etc, sin la existencia de lineamientos propios.

Para otros, en cambio la técnica con la que se debe actuar, el conjunto de ciencias auxiliares de la función, y; la suma de conocimientos que debe tener el Notario, determinan la existencia de un derecho perfectamente delineado que se denomina Derecho Notarial y que no es sino el conjunto de principios doctrinarios y legales que rigen el ejercicio y desempeño de un funcionario público al que se denomina Notario.

Personalmente considero que dada la inmersa complejidad de las relaciones jurídicas, el incesante avance del Derecho y el incremento de la función Notarial, se hace imprescindible la existencia de una estricta regulación legal que se ajuste a las necesidades actuales, llegando a hablarse con entera propiedad del Derecho Notarial como una rama autónoma del Derecho. Los tres elementos que determinan la independencia de una rama del derecho son: doctrina, legislación y jurisprudencia, elementos que se encuentra plenamente desarrollados en el Derecho Notarial

Esta es una ciencia que sigue evolucionando y cambiando de conformidad al desarrollo del Derecho, en donde existen múltiples

investigadores del régimen notarial; y, mucha doctrina jurídica tanto en el ámbito nacional como internacional.

Cada país tiene su propia legislación y disposiciones especializadas para regular el ejercicio de esta actividad que, unas veces se vincula a la Administración de Justicia como ocurre en nuestra legislación y en otras actúan en forma independiente. Es decir todo estado soberano mantiene reglas y preceptos que delimitan legalmente el desempeño del Notario.

Finalmente cabe indicar que de conformidad a la jurisprudencia, cuando se aplica el criterio de la función judicial con referencia a la ley se ocupa de la función notarial, por ejemplo en el derecho probatorio, al mencionar a los instrumentos públicos y de manera puntual el caso de una escritura pública.

En conclusión, si el derecho Notarial tiene en su respaldo el aporte de la investigación doctrinaria, el régimen de una extensa regulación legal y, finalmente la interpretación jurisprudencial, no cabe duda alguna que estamos en presencia de una rama independiente del Derecho que esta basada sobre una importantísima función, cada día más compleja y delicada que exige la existencia de un derecho autónomo e independiente al que se le denomina Derecho Notarial.

En cuanto al concepto de dicha rama jurídica citaremos algunas

Pedro Luis Boffi señala “ el ordenamiento jurídico de la función notarial”³.

Para José Máximo Paz es el " estudio del conjunto de normas jurídicas contenidas en las diversas leyes que reglan las obligaciones y

³ BOFII, Pedro Luis, “Derecho Notarial”, pag. 35

modalidades que deben ajustarse al ejercicio activo de la función del escribano como regente o adscrito de Registros de Contrato públicos".⁴

Para Enrique Giménez Arnau el derecho notarial "es el conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regulan la función del escribano y la teoría formal del instrumento público"⁵.

Enrique J. Risso dice " Conjunto de normas jurídicas de fondo y de forma relacionadas con la escrituración y que determinan a la vez las facultades y deberes del Notario en ejercicio de su augusto ministerio Publico".⁶

Me va a parecer innecesario y resultaría un poco cansado seguir incluyendo definiciones del Derecho Notarial, las que aparecen en reglones anteriores demuestran ciertos rasgos comunes como los siguientes: La existencia de una función pública denominada función notarial; la existencia de un funcionario público que la desempeña que en esta caso es el Notario; el ámbito de la función; la fe pública sobre el otorgamiento de ciertos actos y contratos cuya autenticidad descansa sobre la actividad del Notario.

Pero una de las opiniones más autorizadas en la materia, como es la del doctor Rafael Núñez Lagos, quien dice que hay tres hechos innegables enumerables de la siguiente manera:

"a) Existe una función pública notarial, b) Existe el instrumento público; y, c) Existe una legislación notarial, esto es, la que regula la función y los instrumentos públicos notariales"⁷.

⁴ PAZ, José Maximo, "Derecho Notarial Argentino", pag. 47

⁵ GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, "Introducción al Derecho Notarial", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, Pág. 10.

⁶ RISSO, Enrique J, "Derecho Notarial", pag. 39

⁷ NUÑEZ LAGOS, Rafael, "El Derecho Notarial", pag. 211

La existencia de una función pública notarial, es sabido que el derecho administrativo comprende la organización de todos los servicios públicos del Estado. Sin embargo, hay dos de ellos que históricamente, han quedado fuera del Derecho Administrativo, y son los servicios de justicia y de Fe Pública. El servicio de justicia pertenece al derecho Procesal y el segundo, a la legislación notarial. Aunque la organización de ambos servicios es de la competencia del Derecho Administrativo, los principios generales del Derecho Administrativo no son aplicables ni a la Justicia ni a la Fe Pública Notarial.

Existe un hecho incuestionable, el acto notarial no es un acto administrativo, puesto que no está sujeto a ningún régimen de disciplina jerárquico ni a recurso administrativo. Tiene un régimen especial (que es el de formación de la forma y preconstitución de la prueba), que queda fuera del derecho administrativo. El Acto del Gobierno que designa a un Notario es indudablemente un acto administrativo pero lo es, porque es un acto de gobierno, no del notario. Tenemos a sí un primero hecho incuestionable: la función pública notarial no se regula en el Derecho de la Administración.

Existencia del instrumento público, desde el siglo XII los documentos públicos autorizados por Notario, se llaman instrumentos públicos, y esto equivale a decir que cualquier código es posterior a la ley que regula el instrumento público. Los Códigos Civiles hablan excepcionalmente de la forma de los instrumentos, pero regulan la forma de los negocios jurídicos. Si contienen, en cambio, ciertos preceptos de forma y prueba del negocio y de eficacia del instrumento; preceptos que por su naturaleza son estrictamente notariales.

De lo dicho, se concluye que existe una legislación Notarial, al hablar de una legislación notarial, equivale hablar de Derecho Objetivo Notarial, hay que admitir, pues, cuando menos es este aspecto, la existencia de un Derecho Notarial.

La existencia de un Derecho Notarial no depende de ningún código que lo formule, algunos países tienen Códigos del Notariado, y no por eso en ellos existe el Derecho Notarial y en otros no. La Legislación Notarial, como Derecho Objetivo constituye la materia del Derecho Notarial, sea que conste en códigos, o en leyes dispersas. Queda así señalada la existencia del Derecho Positivo, Objetivo, y acusada la primera fuente formal del Derecho Notarial: La legislación Notarial.

Concluimos, que existe una función notarial, un instrumento público y una legislación notarial. La función por medio de la cual se realiza el acto notarial, acto de testimonio, acto de dar fe notarial, se llama función notarial. La regulación específica de dicha función está a cargo de legislación notarial.

Es un hecho que existe un ordenamiento jurídico en lo que se refiere a lo notarial, es un hecho también, que ese ordenamiento notarial regula una determinada actividad social, como es la función notarial, o sea, la función por medio de la cual se realiza el acto notarial. Existe pues, un Derecho Notarial.

1.4 OBJETO DEL DERECHO NOTARIAL

El objeto del Derecho Notarial es la creación del instrumento público.

Para la autora Mónica Tambini Ávila, el objeto del derecho notarial es “regular la actuación del Notario, la función notarial y la teoría formal del instrumento público, velando por la aplicación de la legislación notarial en su integridad, así como el de leyes conexas”⁸

Tomando en cuenta lo anteriormente indicado y partiendo de que el derecho notarial es el conjunto sistemático de normas, conceptos y principios que regulan todo lo referente a la actividad notarial, por lo tanto el objeto mismo

⁸TAMBINI AVILA Mónica, “Manual de derecho notarial”, pag. 23

es la institución notarial, se podría decir que para estudiar la institución notarial, debemos analizar la teoría general para luego profundizar en la organización notarial.

La institución propiamente dicha es algo establecido o fundado, en el ámbito notarial tendrá sus principios, reglas jurídicas, fines u objetivo, y por supuesto, sus caracteres como organicidad y durabilidad.

La institución notarial estará compuesta en primer lugar de la fe pública, que emana del estado, tenemos que el estado delega la capacidad cubrir los actos con su fe a alguien especialmente capacitado e instruido para ello y ahí tenemos la intervención del Notario, del sujeto investido para ese efecto y finalmente tenemos el producto que genera esa institución, como es el respaldo material de la voluntad de las partes, estamos hablando del Instrumento Público, y de todos sus requisitos o sea de la teoría de construcción del Instrumento Público.

Los instrumentos públicos, son aquellos autorizados por todo funcionario que se encuentre legalmente autorizado para autenticar en forma fehaciente algún hecho, disposición o convenio. Son instrumentos públicos los detallados en el Art. 164 y 165 del Código de Procedimiento Civil. Los mismos se exhiben y valen para todos, no sólo frente a las partes, sino también frente a terceros. Esa plena fe, y autenticidad la tiene desde el momento mismo que fue autorizado por el notario asegurando la existencia material del instrumento.

Cuando hablamos de organización notarial no sólo hacemos referencia a la organización como cuerpo, con sus leyes orgánicas, sus colegios profesionales, sus respectivos regímenes, disposiciones, cualidades, atribuciones, derechos, obligaciones e incompatibilidades del notario, sino también a la función notarial íntimamente relacionada con teoría general del instrumento público.

1.5 CONTENIDO DEL DERECHO NOTARIAL

El contenido del Derecho Notarial es la actividad del Notario y de las partes en la creación del Instrumento Público.

La opinión de los tratadistas si bien coincide en ciertos aspectos fundamentales, discrepa en cuestiones de detalle o contenido, en esta parte existe un vacío en el Derecho Notarial, la discrepancia y multiplicidad en cuanto al señalar el contenido del Derecho Notarial que es una cosa propia de la doctrina. Lo importante es desentrañar ciertos elementos comunes que asignan todos los investigadores como elementos determinantes de la existencia de esta rama del derecho: El Notario, función notarial e instrumento. Las diversas concepciones deben forzosamente ubicarse en cualquiera de las tres instituciones, lo cual denota cierto contenido común y universal del Derecho Notarial.

Se ha logrado afirmar que el contenido del derecho notarial se ha venido perfilando mediante un fenómeno de triple expresión doctrinal; en primer término por eliminación de institutos ajenos a la disciplina, pero que en cierto momento se entendió le pertenecían; además por integración e incorporación contrariamente al fenómeno antedicho, otros institutos cuyo estudio le corresponde sino siempre de manera exclusiva, al menos de modo preponderante; y finalmente, por construcción, mediante una sistematización de sus normas, que ha permitido la organización de aquellos institutos que lo integran y el análisis de sus principios rectores.

Se ha dicho que el Derecho Notarial es una ciencia que si se limitaría a explicar quien es el notario sin profundizar lo íntimo de su labor y los requisitos extrínsecos del documento sería incompleta, no lo sería menos si se concretará a exponer la teoría formal del instrumento público notarial, dejando de lado el resto de la actividad del escribano, sin tomar en cuenta el régimen impuesto al agente por la Ley.

El contenido cabal de la disciplina debe integrarse con todas aquellas normas relativas a la institución notarial, cuyo fundamento se encuentre en la necesidad de una asistencia cautelar para los particulares que pacíficamente, desean aplicar el derecho a sus relaciones privadas.

Así obtendremos un “Derecho Notarial al que podremos interrogar acerca del notario, de lo que éste hace profesionalmente, de las circunstancias de su actuación y del valor jurídico de aquello que hace”⁹.

1.6 FUENTES DEL DERECHO NOTARIAL.-

Las fuentes del derecho notarial son las mismas que se estudian en el derecho civil, en tal siendo entre otras la ley, jurisprudencia, ejecutorias, costumbre, doctrina, principios generales del derecho, principios específicos del derecho notarial, manifestaciones de voluntad, realidad social, etc; es decir, no son las únicas, sin embargo se las cita porque son las más importantes, con el fin de poder estudiar las mismas de manera más detallada.

En forma muy general, podemos decir que tales fuentes son las reconocidas tradicionalmente por los autores: La costumbre, la ley, la jurisprudencia y la doctrina.

La ley y la jurisprudencia extraen su fuerza de la forma en que se presentan; su valor emana del poder que las ha dictado, y el título que tienen para reclamar obediencia no se discute, porque emana de una razón de autoridad de los poderes públicos. La costumbre se apoya de la autoridad de la experiencia, y la doctrina en la autoridad de la razón; ambas son desde estos puntos de vista reglas no formales estrictamente consideradas.

Sin embargo tanto la costumbre y la ley, como la jurisprudencia y la doctrina, ofrecen interés para nuestros propósitos, ya que de las cuatro se

⁹ GONZALEZ, Palomino, “Instituciones del Derecho Notarial”, pag.20

pueden originar normas de derecho notarial aunque siempre sea con sujeción a los principios rectores para la materia contenidos en el respectivo ordenamiento jurídico.

En tal sentido, la Ley tiene carácter de fuente formal dominante y fundamental, ya que las otras tres reciben de ella su viabilidad y su fuerza; es precisamente la ley, que plantea los problemas de más destacable interés en relación con el Derecho Notarial.

En cuanto a las fuentes del Derecho Notarial Ecuatoriano cabe indicar que tiene como antecedente mediato la Constitución que es una Ley Suprema contra la cual no puede prevalecer precepto alguno que la contraríe o viole; en segundo término está el Código Civil, Código de procedimiento Civil, Código de Menores y Código de Comercio, se debe hacer una mención particular dos leyes que resultan ser las fuentes inmediatas de la función notarial en el Ecuador y estas son: La Ley Orgánica de la Función Judicial y la Ley Notarial Vigente, está última que guarda estrecha relación con la Ley de Registro e Inscripción.

1.7 CLASES DE DERECHO NOTARIAL

Para efectos del presente análisis, podemos decir que, el Derecho Notarial es uno solo, pero para efectos de estudio, se lo ha dividido en tres grandes ramas, que son:

1. Público.- En el cual se ubica el Derecho constitucional, procesal, administrativo, político, tributario, aduanero, **registral**, **notarial**, penal, internacional público, financiero, municipal, derecho de integración, de comunicaciones, sanitario, penal militar, electoral, seguridad social, consular, diplomático, parlamentario, marítimo, aéreo y espacial, entre las más importantes;

2. Privado.- En el cual se ubica el derecho civil, comercial, sociedades, cambiario, industrial, minero, internacional privado, bancario, bursátil, entre otras; y;

3. Social.- En el cual se ubica el derecho de familia y laboral, entre otros.

Cabe mencionar entonces que el Derecho notarial es una rama del Derecho público, en el cual los abogados en libre ejercicio profesional juegan también un papel importante de conformidad a lo establecido en el primer inciso del artículo 48 de la Ley de Federación de Abogados del Ecuador, establece que:

"Art. 48.- Todo acto o contrato que se celebre por escritura pública será autorizado por el notario, previa presentación de la correspondiente minuta, firmada por un abogado, en papel sin timbre alguno; minuta que será archivada en la misma notaría..."

De tal forma que, tanto el abogado como el notario deben tener los suficientes conocimientos de Derecho notarial, lo cual facilitaría la aplicación del Derecho, porque permite determinar el tipo de documento que se debe conseguir para cada acto jurídico como el testamento o el poder, entre otros; contratos como la compraventa de vehículos, de inmuebles, cesión de acciones, de participaciones, permuta, mutuo, depósito, fianza, arrendamiento, fideicomiso, hipoteca, prenda, fianza, entre otros.

Si un acto o contrato celebrado ante notario público, que le da la calidad de escritura pública, por haberse incorporado en un protocolo o registro público, fue realizado con observación del artículo 170, en concordancia con el artículo 165 del Código de Procedimiento Civil, artículos 1461, 1462 y 1463 del Código Civil vigente y artículo 29 de la Ley Notarial, el acto o contrato podrían ser declarados nulos, es por esta razón que tanto el abogado como el notario,

deben estar atentos a la aplicación de estas normas sustantivas y adjetivas, para que esto no acontezca.

1.8 FINES DEL DERECHO NOTARIAL

La finalidad del Derecho Notarial es la creación de un instrumento público, con el fin de dar seguridad y garantizar los actos o contratos celebrados ante la presencia del notario e investidos con fe pública.

Otero Valentín señala que el fin del derecho notarial es “garantizar los procedimientos solemnes para observar el Derecho y conseguir la adaptación de conductas libres y justas al ordenamiento jurídico”¹⁰

En tal sentido podríamos afirmar que al conseguir adecuar las conductas de las personas al Derecho se está cumpliendo con lo determinado en la Ley, con el fin de asegurar los derechos de las mismas y prevenir los litigios que a futuro se podrían presentar, para lo cual sería importante promover la aplicación de los instrumentos públicos.

El Derecho Notarial invita a los notarios y sus auxiliares, abogados y usuarios en general a tomar en cuenta las reglas y directrices del mismo, con el objeto de obtener un mejor desenvolvimiento en la práctica notarial.

1.9 IMPORTANCIA DEL DERECHO NOTARIAL

Debido al aumento poblacional casi incontrolable que afecta a la humanidad se intensifican y alcanzan complejidades indescriptibles los problemas de los mismos a todo nivel legal.

¹⁰ OTERO Valentín, “Derecho Notarial”, pag. 33

Claramente podemos ver que si no existiera la institución del notariado, los actos jurídicos que se pretendan oponer a terceros no podrían gozar de este beneficio porque es a través de ella que se da forma y autenticidad a dichos actos, respaldados con la fe pública que ostenta el notario.

El notariado es una institución necesaria en las distintas sociedades desde tiempos remotos, ya que su función cumple con las necesidades de las personas que pretenden autenticar determinados actos jurídicos o hacer constar hechos jurídicos. De esta manera el notario dotado con todas las atribuciones que le confiere el Estado puede ejercer su función en beneficio de las personas, que como vimos anteriormente tendrá que solicitar de manera expresa la actuación del notario conforme a la ley.

En esta actividad incesante, el Derecho Notarial no puede quedarse atrás de esta vertiginosa actividad cuando se intensifican al máximo las relaciones jurídicas, al mismo ritmo se multiplica la función notarial cuyo contenido es por demás claro.

El derecho notarial es necesario porque es importante que exista una rama del derecho o disciplina jurídica que estudie y regule la actividad de los notarios, al igual que los instrumentos notariales y los procesos llevados a cabo por los indicados, por lo cual para algunos tratadistas se puede hablar de la ciencia del derecho notarial, sin embargo, para otros es incorrecto, porque el carácter científico del derecho se encuentra en discusión en la doctrina. Sin embargo, considero acertado que existe esta rama del derecho público como es por cierto el derecho notarial ya que gracias a la misma, los notarios pueden analizar mejor sus derechos al igual que sus funciones, lo cual debe ser materia de estudio por parte de los diferentes autores no solo en el derecho.

Lo que pretende el Derecho Notarial, es brindar seguridad jurídica a las partes, tratando de prevenir cualquier tipo de litigios y garantizar la eficacia de los actos o contratos celebrados ante la presencia del Notario.

Además, sistematiza todos los aspectos de la función notarial y contribuye al desarrollo de las instituciones notariales.

1.10 PRINCIPALES SISTEMAS NOTARIALES

En el mundo occidental existen dos grandes sistemas de Notariado: a) El Notariado Latino, y; b) El notariado Sajón. El primero que agrupa a todos aquellos países cuya legislación tiene sus orígenes en el Derecho Romano, con una estructura jurídica sistematizada y el segundo obedece a la casuística y tiene como fundamento las normas que aplicaban los Tribunales Reales en Gran Bretaña, en el siglo XIII, en el cual el concepto de norma no obedece al de "regla jurídica generadora de derecho sino a un precedente que sirve de base a un posterior juzgamiento. Marcada la distinción entre los dos sistemas analizaremos sus características propias:

a) El Notariado Latino, tiene su base en un derecho que se encuentra codificado, y su principal fuente es la Ley. El notario es un profesional del derecho, quien actúa de manera imparcial e independiente, en la formación, conservación, reproducción y autenticación del documento notarial, llegando a cumplir con la misión de dar fe y forma al mismo, con la ventaja de que no sólo aplica la norma rígida al derecho positivo sino que sabe encontrar el encuadre flexible dado por los usos y costumbres.

Presta además una labor social de alcance y contenido social, mediante un deber de consejo a quienes acuden a él. De allí que lo primero que ha de hacer el notario es iniciar una serie de procedimientos, tendientes a conseguir una fiel interpretación de la voluntad de las partes, pues no se limita a recibir y transcribir, investiga la verdadera voluntad de las partes, su real intención, y recién luego las dirige hacia las formas jurídicas que correspondan, dándole a las declaraciones una redacción documental que evite cualquier oscuridad o duda, los documentos expedidos se asientan en un protocolo a cargo del Notario.

La principal característica del sistema notarial latino es la garantía jurídica que ofrece a sus usuarios, esta garantía se ve plasmada en los documentos que realiza el notario, los cuales significan una importante herramienta jurídica. La fe pública investida en el notario de corte latino otorga plena autenticidad a las declaraciones emitidas o hechos presenciados por un notario.

b) El Notariado sajón está basado tradicionalmente en la jurisprudencia y en la costumbre, en el la actividad del notario no responde a una labor profesional, únicamente es un fedante o fedatario ya que solo da fe de la firma o las firmas constantes en el documentos, no orienta ni asesora a las partes sobre la redacción en sí del documento. Los documentos expedidos por el notario anglosajón no constan en un protocolo y tampoco son documentos que ofrezcan garantías jurídicas como en el sistema notarial latino.

Una diferencia importante en el sistema sajón y el latino es que en el primero los derechos de las partes se declaran ante las instancias judiciales, mientras que en el sistema latino se promueve más un sistema de prevención de conflictos judiciales.

Cabe señalar que para el Notariado Latino la prueba por excelencia es la documental, mientras que para el Notariado Sajón es la testimonial.

CAPITULO II

EL NOTARIO

2.1 CONCEPTO Y DEFINICION DE NOTARIO

Etimológicamente, la palabra Notario, proviene del término latino "NOTA", que quiere decir, título, escritura o cifra, este vocablo proviene del hecho de que los notarios para dar fe de sus actos, dejaban impresos en los documentos cifras o abreviaciones, posteriormente se implementaron los sellos o signos y obviamente las firmas, sellos holográficos e incluso sellos secos.

El artículo 6 de la Ley Notarial ecuatoriana, señala:

"Art. 6.- Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes. Para juzgarlos penalmente por sus actos oficiales gozarán de fuero de Corte".

El artículo 296 del Código Orgánico de la Función Judicial, se refiere al notario, como órgano auxiliar de la Función judicial, y señala:

"Art. 296.- NOTARIADO.- El Notariado es un órgano auxiliar de la Función Judicial y el servicio notarial consiste en el desempeño de una función pública que la realizan las notarías y los notarios, quienes son funcionarios investidos de fe pública para autorizar, a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes y dar fe de la existencia de los hechos que ocurran en su presencia. El ejercicio de la función notarial es personal, autónomo, exclusivo e imparcial".

Para Gimenez Arnau, "El Notario es un profesional del Derecho que ejerce una función para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia solo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria"¹¹.

Por tanto, el notario es la persona autorizada para hacer constar en escrito público y auténtico los negocios de las personas naturales y jurídicas; está revestido de carácter oficial y público, lo cual, tiene por finalidad, sellar con su autoridad suprema los actos privados, ya que como funcionario público autoriza actos y contratos jurídicos, así como actos de hechos que presencia y le constan en los casos establecidos por las leyes sustantivas o procesales, de lo que se concluye que es un funcionario público investido de autoridad para dar fe pública y con ello autorizar a petición de parte los actos, contratos y documentos determinados en las leyes.

Para el tratadista Badillo, el Notario es: "el funcionario público autorizado a dar fe, conforme a las leyes, los contratos y demás actos extrajudiciales, además, el notario es un funcionario público que da fe a los actos a él confiados; y, es el guardador de los documentos públicos"¹².

A esto se puede agregar que el notario documenta lo que ve y oye respecto del acto en el que debe actuar. La voluntad humana queda así plasmada en el instrumento público, que es prueba fehaciente, concreta y válida del acto o contrato celebrado, instrumento que para ser autenticado notarialmente, es preciso y necesario de que el funcionario público llamado notario, esté investido de autoridad, que actúe encuadrado en los límites de su competencia y que intervenga en el acto o contrato dando fe pública al mismo,

¹¹ G1MÉNEZ-ARNAU, Enrique, "Introducción al Derecho Notarial", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994, Pág. 44.

¹² BADILLO, Julio, "El Notariado Uruguayo", Pág. 36.

pero es preciso también mencionar, que a pesar de ser funcionario público, no percibe una remuneración del Estado, sino únicamente honorarios de los peticionarios, quienes solicitan sus servicios.

Se define también al Notario como: "el único funcionario público autorizado para dar fe de todos los contratos y actos extrajudiciales, y, por consiguiente, el encargado de asegurar y ordenar la propiedad de la familia y la sucesión testamentaria"¹³.

A esto se puede agregar que, el notario debe intervenir en todas las tareas conducentes a la formación del instrumento público, esto es, en la recepción y calificación del acto y previo el cumplimiento de los requisitos legales, debe extender la escritura una vez que ésta ha sido leída y firmada por las partes, notario y testigos, si fuere del caso, luego de lo cual debe incorporarla en el protocolo a su cargo, en el orden numeral y cronológico que le corresponda, con todas las circunstancias y requerimientos de fondo y de forma. Esta fase de transformación del instrumento privado en público, se lo realiza a través del protocolo.

Se puede agregar que, "Los notarios son los funcionarios públicos que autorizan contratos y actos jurídicos, así como actas de hechos que presencian y les constan en los casos establecidos por las leyes sustantivas o procesales"¹⁴.

De esta definición se desprende que, el quehacer notarial está encaminado a autorizar y registrar las escrituras públicas en el protocolo a su cargo, las que podrán contener actos y contratos celebrados por las partes, lo que significa una autenticación intraprotocolaria del acto formal, en donde lo típico, es la autorización de la escritura pública, sea que el acto volitivo se refiera a un hecho negociable, es decir, que represente un acto que revele la

¹³ DE LAS CASAS, Gonzalo, "Tratado general, legal, teórico y práctico filosófico del Notariado", Pág. 326.

¹⁴ LA TORRE E IZQUIERDO, "Comentarios al Derecho Notarial", Madrid, Pág. 148.

existencia de una relación jurídica, o que la declaración de voluntad manifestada esté referida a un hecho no negociable.

"El Notario tiene el encargo técnico de velar por el cumplimiento de las leyes en las relaciones pacíficas del Derecho, purificar con su ciencia y experiencia esas relaciones individuales de defectos, tanto en su forma como en su fondo, para darles el carácter permanente, evitando contiendas y dudas en la aplicación de lo convenido y el encargo jurídico público de dar a esas relaciones credibilidad, y, por tanto, autoridad pública por medio de la fe que le ha investido"¹⁵.

Además, el notario podrá incorporar en el registro las intervenciones de determinados actos que para su validez no requieren ser extendidas en el Protocolo, en cuyo caso, la actuación del notario va al campo de la certificación extra protocolo en la que no necesita ser matizada la manifestación de voluntad, sino simplemente recogida en un acta.

Para Sancho Tello, "El Notario es la persona revestida de carácter oficial y público, adornada de ciertas cualidades y en las que el Poder social delega la misión augusta de sellar con su autoridad suprema, los actos privados"¹⁶.

El notario, es la persona autorizada para hacer constar por escrito, los negocios, actos y contratos, a los mismos que les da la categoría de público y auténtico, además, tiene la facultad de celebrar los actos y contratos que tengan la característica de privados.

Para Sánchez Román, el Notario es "el complemento de la vida civil; porque la libertad individual necesita de medios para los cuales se dota de las relaciones de facilidad, certeza, permanencia y eficacia"¹⁷

¹⁵ NOVOA SEAONE, "El Progreso del Instrumento Público", Madrid, Pág. 18.

¹⁶ SANCHO TELLO, "Derecho Notarial de España", Pag.28

Como se puede observar, el término Notario ha sido definido en múltiples y diversas ocasiones. En el primer Congreso del Notario Latino celebrado en Buenos Aires, Argentina, en 1948, se definió oficialmente al Notario de la siguiente manera: "El Notario latino es el profesional de derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de éstos y expedir copias que den fe de su contenido"¹⁸, en esta definición están contenidos todos los elementos esenciales de la función notarial.

El notario es la persona encargada de dar fe de cuanto acto se realiza ante su presencia, siendo su máximo exponente la escritura pública, es decir, el notario da fe en todos los sistemas jurídicos, sin embargo, sólo en algunos existe escritura pública, en tal sentido esta es una característica que existe en los sistemas jurídicos de la familia jurídica romano germánica que no existe en la familia jurídica anglosajona.

Según el criterio personal del Doctor Darwin Díaz Peñaherrera, define así, al Notario: "Funcionario público que autoriza con su potestad fedataria los actos y contratos que determinan las leyes" es el profesional del Derecho encargado de una función pública que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, que conserva los originales y que expide copias que den fe de su contenido"¹⁹.

Si analizamos detenidamente este concepto, puede apreciarse que se apega muy íntimamente al concepto que nos da el artículo 6 de la Ley Notarial

¹⁷ SÁNCHEZ ROMÁN, "Introducción al Derecho Notarial", Pág. 46.

¹⁸ ARGENTINO, Neri, "Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial", Volumen 1, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Pag. 35

¹⁹ DÍAZ, Darwin, "Derecho Notarial - Práctica", Quito, 2003, Pág. 7.

vigente, pudiendo además añadirse que la función del notario como profesional del Derecho contiene tres aspectos o funciones:

1.- Función directiva.- El Notario aconseja, asesora e instruye como perito en el Derecho, además concilia y coordina voluntades.

2.- Función moldeadora.- El Notario moldea el acto jurídico, dotándolo de esencia legal. Para ello, califica la naturaleza y legalidad del acto, admite éste a su intervención al considerarlo requerido por las partes, o bien lo rechaza si lo califica adverso y por fin lo redacta. La redacción la realiza a su entera libertad, sin más condición o limitación que la de no traicionar la voluntad de las partes dentro de las normas del Derecho, o en si de los documentos que le hayan sido entregados como habilitantes. Tal es así, las minutas o peticiones firmadas por el abogado cuando éstas son requeridas.

3.- Función autenticadora o legitimadora.- Considerada la de mayor trascendencia pública. Consiste en investir los actos notariales de una presunción de veracidad que los hace aptos para imponerse por sí mismos en las relaciones jurídicas, para que sean impuestos por el poder coactivo del Estado

2.2. EL ROL QUE CUMPLE EL NOTARIO EN EL ECUADOR.

El Rol que cumple el Notario en nuestro país y como parte del notariado latino, es principalmente el de asesorar a las personas en asuntos de su competencia. Esta asesoría se inicia a partir de la solicitud de su servicio, por que el notario no actúa de oficio sino a petición de la parte interesada, a diferencia de lo que ocurre en la función judicial en la mayoría de los casos. El interesado es libre de elegir el despacho notarial para buscar la asesoría que se constituye en la primera relación jurídica y moral de la actividad fedataria.

El notario es un profesional liberal legalmente autorizado para dar fe pública de los actos y contratos en los que interviene. El notario advierte e informa de todos los aspectos jurídicos y legales que se producen a consecuencia de los actos notariales, esta persona ofrece una seguridad legal y jurídica a la documentación presentada por los comparecientes ante El.

Además, la asesoría notarial es de naturaleza oficial, no particular, como la que presta el abogado en el ejercicio de su profesión de litigante o consultor jurídico. La relación entre el compareciente y el funcionario notarial no se rige por normas laborales o civiles como en el caso del abogado, no obstante la libertad de escogencia mencionada. La asesoría notarial no es voluntaria, sino obligatoria, coercitiva y por encima de todo imparcial. Se trata de un servicio público ejercido por funcionarios de una autentica pedagogía jurídica y alta solvencia moral. Concilia, aconseja y coordina las voluntades negociables, sin poder nunca interferirías, salvo para ajustarías a derecho y moralidad, es el rol más significativo en el notario de actividad intensa, agotadora y cotidiana de enorme contenido social.

La asesoría notarial propiamente dicha ocurre en la etapa predocumental, cuando el funcionario es requerido para instruir, aconsejar o absolver consultas a las partes sin que se causen obligaciones pecuniarias para el compareciente, a menos que la asesoría se traduzca en documentos autorizados por el notario que si ocasiona los denominados derechos notariales previstos en el arancel respectivo. A propósito de esto cabe decir que la asesoría notarial no conduce necesariamente a la actuación documentadora, aunque persiga esa finalidad. A diario sucede que la asesoría se queda en la etapa predocumental a título gratuito, con lo cual se evidencia un gran contenido social al notariado.

La asesoría no se reduce a la adecuación de la conducta de las partes a las figuras jurídicas descritas en la normativa legal, puesto que su misión es también obtener el equilibrio equitativo entre los sujetos negociables. Ambos son deberes, el uno tiene su fuente en la ley y el otro en la moral. Por esto

asesorar significa en materia notarial dar vida a la norma conjuntamente con la moral.

La asesoría notarial depende del servicio que se solicita. En las escrituras públicas que contienen negocios jurídicos la asesoría, como dijimos es predocumental. No ocurre lo propio en otras actuaciones como los reconocimientos de documentos privados, donde la asesoría se confunde con el control de legalidad de ellos, lo mismo en el caso de las minutas redactadas por los particulares que van a solemnizar sus contenidos negociables mediante escrituras públicas, las cuales debe revisar el notario para verificar si se ajustan a las normas jurídicas y morales.

2.3 REQUISITOS LEGALES Y PERSONALES PARA SER NOTARIO.

Anteriormente, la función notarial se encontraba regulada dentro de la Ley Orgánica de la Función Judicial, como una rama de esta, y dentro de leyes en el Código Civil, Código de procedimiento Civil y el Código de Comercio, en las cuales se encontraba normas relativas a los notarios, a la actividad notarial y a los documentos que debían protocolizarse ante un notario.

En la actualidad con la Ley Notarial podemos centrarnos básicamente a los requisitos legales y personales para ser Notario, pero antes tenemos que analizar el Artículo 4 de la mencionada Ley.

“Art. 4 La función notarial la ejercen en el País exclusivamente los notarios, salvo las disposiciones de leyes especiales”.

Este artículo resulta por demás importante ya que otorga en forma exclusiva a los notarios el ejercicio de la función notarial, salvo excepciones de estricta imposición legal, ningún otro funcionario o empleado judicial o administrativo podrá ejercer la función notarial.

Ahora bien, una vez establecido esta exclusividad debemos establecer quienes son Notarios. Y de acuerdo con el mismo cuerpo legal y como reza el Artículo 6 tenemos que notarios son los funcionarios, no son empleados sino funcionarios con deberes y responsabilidades precisas determinadas en la ley, que investidos de fe pública intervienen en el otorgamiento de documentos y que además ejercen una actividad autónoma en cuanto certifican con su autenticidad.

Para ser notario, la ley determina ciertos requisitos legales y personales que al aspirante debe reunir. Al respecto la Ley Notarial en su Artículo 9 dice:

“Art. 9 Para ser Notario se requiere la nominación de la respectiva Corte Superior del Distrito, El aspirante deberá cumplir los siguientes requisitos:

- a) Ser ecuatoriano por nacimiento;
- b) Estar en ejercicio de los derechos de ciudadanía;
- c) Gozar de buena reputación y acreditar idoneidad;
- d) Tener título de abogado o Doctor en jurisprudencia;
- e) Tener más de 30 años de edad; y,
- f) Rendir un examen ante un tribunal.

En los respectivos concursos de merecimientos y oposición, para proveer las vacantes, podrán participar los ciudadanos que acrediten estas cualidades conforme a la ley.

Cuando existieren notarías vacantes, el Presidente de la Corte Superior, conjuntamente con el Presidente del Colegio de Notarios, pondrán en conocimiento de la ciudadanía, a través de los diarios de mayor circulación de la localidad o de la población más cerca, la convocatoria por una sola vez.

Luego de la convocatoria los aspirantes podrán presentar su solicitud hasta treinta días después en la Secretaría de la respectiva Corte Superior. El Presidente de la Corte Superior inquirirá de oficio si el o los aspirantes reúnen

los requisitos para ser Notarios y enviará una solicitud conjuntamente con los documentos probatorios junto con su informe al pleno de la Corte Superior de Justicia para que esta proceda de acuerdo con lo previsto en la ley y otorgue la nominación a quien haya obtenido la mayor puntuación de acuerdo al puntaje establecido en la Ley.

Estos son todos los requisitos que la ley exige a los aspirantes todos ellos se los puede enmarcar dentro de los requisitos personales ya que tienen que ver con la persona misma, sus cualidades, sus conocimientos, etc, y son legales puesto que se encuentran expresamente establecidos en la ley.

Anteriormente el cargo de Notario se lo llenaba con cualquier persona que acreditaba todos estos requisitos es decir con personas que no eran necesariamente profesionales del Derecho, actualmente esta función, se la ha dejado exclusivamente a los abogados, debido al hecho de que ellos por estudiar y trabajar diariamente con los distintos cuerpos legales, puede acreditar mejor conocimiento por que sabe las materias notariales y sus afines.

Hay que tomar en cuenta lo establecido en art. 298 del Código Orgánico de la Función Judicial que dice: " El ingreso al servicio notarial se realizará por medio de un concurso público de oposición y méritos, sometido a impugnación y control social, y con el procedimiento establecido en este Código que será dirigido por la Comisión de Administración de Recursos Humanos del Consejo de la Judicatura, sin perjuicio de que la formación inicial esté a cargo de la Escuela de la Función Judicial.

Las disposiciones contenidas en este Código relativas a la convocatoria, calificación, selección, impugnación, formación inicial y nombramiento para el ingreso a las diferentes carreras de la Función Judicial, se aplicarán en lo que sea pertinente al ingreso al Servicio Notarial.

Los concursos no podrán privilegiar la experiencia frente a la preparación académica y la evaluación de desempeño".

De otro lado de la moneda el Artículo 21 de la ley Notarial nos indica quienes no pueden ser notarios y el mismo dice así:

- a) los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad y el o la cónyuge de los Ministros de la Corte Suprema de Justicia o de la Corte Superior del respectivo distrito, salvo los casos que hubiere sido designados con anterioridad; y,
- b) Quienes hayan sido removidos o destituidos de sus cargos o no hayan sido rehabilitados conforma a la Ley.

2.4 ATRIBUCIONES DEL NOTARIO

El artículo 18 de la Ley Notarial y sus reformas indican taxativamente las atribuciones que tiene el Notario, este artículo dice:

"Art. 18.- Son atribuciones de los notarios, además de las constantes en otras leyes:

1. "Autorizar los actos y contratos a que fueren llamados y redactar las correspondientes escrituras, salvo que tuvieran razón o excusa legítima para no hacerlo".

La atribución constante en el numeral 1, más que una atribución es una facultad consustancial de su función. La expresión "y redactar las correspondientes escrituras", viene de la tradición e historia Notarial, se entendía que el funcionario idóneo, especializado, era el Notario y se le encargaba redactar las escrituras en la confianza que sus conocimientos, su práctica y experiencia garantizaban la buena redacción del documento; actualmente el Notario debe exigir minuta firmada por abogado y que además,

debe guardar esta minuta, en un archivo especial, por el lapso de dos años, sólo para efectos de comprobar su cumplimiento.

Sin embargo, de acuerdo con el artículo 19 de la Ley notarial, se dice: “de presentársele minuta, ésta debe ser firmada por un abogado”..., como si hubiera la posibilidad de que no presente la minuta, pero no es así, toda vez que el artículo 48 de la Ley de Federación de Abogados, es terminante: “ todo acto o contrato que se celebre por escritura pública será autorizado por el Notario previa presentación de la correspondiente minuta, firmada por un abogado”.. y en el inciso segundo se establece la sanción: “en caso de contravención a lo dispuesto en el inciso anterior, el Consejo de la Judicatura, a pedido del Colegio respectivo, destituirá al Notario infractor”. Pero hay más, la minuta que le presente el interesado el Notario no puede reformarla ni modificarla, debe “transcribirla al protocolo”, como lo ordena el artículo antes indicado.

2. Protocolizar instrumentos públicos o privados por orden judicial o a solicitud de parte interesada patrocinada por abogado, salvo prohibición legal;

Se refiere a la atribución o facultad que tiene el Notario para incorporar en su protocolo a petición de parte interesada o por orden judicial, instrumentos públicos o privados, "salvo prohibición legal".

No se conoce disposición alguna que taxativamente prohíba la protocolización de determinados instrumentos o que se los enumere o ejemplifique. La norma es de carácter general, pero se ha de entender que se trata de aquellos instrumentos que atentan contra las leyes, las buenas costumbres o el orden público, es decir, contratos que carecen de objeto o causa lícita; o por la “omisión de algún requisito o formalidad que la leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que lo ejecutan o acuerdan. “Tal como lo señala el artículo 1698 del Código Civil, que indica:

“Art. 1698.- La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que la leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos, en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

Hay asimismo nulidad absoluta en los actos y contratos de las personas absolutamente incapaces.

Cualquier otra especie de vicio produce la nulidad relativa, y de derecho a la rescisión del acto o contrato.

3. Autenticar las firmas puestas ante él, en documentos que no sean escrituras públicas;

Autenticar las firmas puestas ante él es una atribución legítima puesto que el acto se realiza en presencia del Notario, precisamente para que pueda dar fe de autenticidad.

4. Dar fe de la supervivencia de las personas naturales;

Se puede decir, al efecto el Notario verificará la identidad personal de quien se trate con la presentación de la cédula de ciudadanía que ha de comparar con la presencia física del solicitante, pudiendo además hacer concurrir a testigos identificadores, quienes firmarán el acta respectiva conjuntamente con el interesado y el Notario actuante.

5. Dar fe de la exactitud, conformidad y corrección de fotocopias y de otras copias producidas por procedimientos o sistemas técnico - mecánicos, de documentos que se le hubiere exhibido, conservando una de ellas con la nota respectiva en el Libro de Diligencias que llevarán al efecto;

Trata de adaptarse al momento actual, de vivir el avance tecnológico que ha inventado la copiadora que sustituye al papel carbón, nuevos procedimientos

que a más de ahorrar tiempo le dan más nitidez y claridad a la copia. Sin embargo el procedimiento pierde seguridad, porque puede prestarse para atentar contra su autenticidad como ya ha ocurrido, mediante fotomontajes que no pueden ser detectados a simple vista, comprometiendo de este modo penalmente al Notario. En todo caso el legislador acepta por primera vez la copia fotostática como prueba documental.

6. Levantar protestos por falta de aceptación o de pago de letras de cambio o pagarés a la orden particularizando el acto pertinente conforme a las disposiciones legales aplicables, actuación que no causará impuesto alguno;

Disposición innecesaria ya que tratándose de letras de cambio en su propio texto impreso este documento trae inserta la expresión: exímanse de presentación para aceptación y pago, así como de avisos por falta de estos hechos. En lo que se refiere a otros documentos crediticios, de comercio o financieros; deberá el Notario concurrir en lo posible, con uno o dos testigos a notificar al deudor, y si no paga redactará el acta respectiva levantando el protesto por falta de aceptación o pago. En todo caso se trata de una diligencia poco común.

7. Intervenir en remates y sorteos a petición de parte e incorporar al Libro de Diligencias las actas correspondientes, así como las de aquellos actos en los que hubieren intervenido a rogación de parte y que no requieran de las solemnidades de la escritura pública;

Como vemos, se trata de agregar, introducir o insertar en el libro de diligencias actas u otros documentos que resulten de actuaciones notariales que no son solemnes ni reúnen los requisitos de una escritura pública.

8. Conferir extractos en los casos previstos en la Ley; y,

La disposición es clara, por lo que no merece comentario alguno.

9. Practicar reconocimientos de firmas;

Esta diligencia, se realizaba generalmente, en los juzgados ante el juez y el secretario; se ha facultado al notario considerando su calidad de fedatario y para descongestionar el trabajo judicial. Por fin, el 8 de noviembre de 1996, mediante Ley publicada en R.O. N2 564 se agregan nueve literales más.

10. Receptar la declaración juramentada del titular de dominio, con la intervención de dos testigos idóneos que acrediten la necesidad de extinguir o subrogar, de acuerdo a las causales y según el procedimiento previsto por la Ley, el patrimonio familiar constituido sobre los bienes raíces, en base a lo cual el Notario elaborará el acta que lo declarará extinguido o subrogado y dispondrá su anotación al margen de la inscripción respectiva en el Registro de la Propiedad correspondiente.

En los casos en que el patrimonio familiar se constituye como mandato de la Ley, deberá adicionalmente contarse con la aceptación de las instituciones involucradas.

Al respecto, hay comentarios contrarios que manifiestan que al dar al Notario esta facultad se ha obrado mal, pues es de carácter netamente judicial, y por lo tanto debe estar reservada para el juez; que para extinguir o subrogar el patrimonio debe preceder un juicio, con términos e instancias que deben cumplirse: “de acuerdo a las causales y según el procedimiento previsto por la Ley”, y que además, al declarar el notario extinguido o subrogado el patrimonio está dictando una verdadera sentencia para lo cual no está facultado.

Sobre el tema, diremos que la facultad nace de la Ley, y que, además, como lo hemos comentado en este trabajo el notario si tiene jurisdicción y competencia, por lo que puede actuar en concordancia y, además, es también funcionario de gobierno designado de acuerdo con las normas legales y la Constitución. En todo caso, advertido que el patrimonio familiar, es una institución de protección familiar, el notario debe actuar con prudencia y

convencido de la necesidad y utilidad, levantando el acta respectiva y ordenando su inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente.

11. Receptar la declaración juramentada del titular de dominio con intervención de dos testigos idóneos que acrediten que la persona que va a donar un bien, tenga bienes suficientes adicionales que garanticen su subsistencia, lo cual constará en acta notarial, la que constituirá suficiente documento habilitante para realizar tal donación

En el caso de la licencia judicial para donar, el procedimiento es testimonial:

- a) Declaración juramentada del titular del dominio; y,
- b) Declaración de dos testigos igualmente juramentados que digan que el donante tiene otros bienes, suficientes para subsistir.

12. Receptar la declaración juramentada de quienes se creyeren con derecho a la sucesión de una persona difunta, presentando la partida de defunción del de cujus y las de nacimiento u otros documentos para quienes acrediten ser sus herederos, así como la de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho del cónyuge sobreviviente si lo hubiera. Tal declaración con los referidos instrumentos y documentos habilitantes serán suficientes para que el Notario conceda la posesión efectiva de los bienes por indiviso del causante a favor de los peticionarios, sin perjuicio de los derechos de terceros. Dicha declaración constará en un acta notarial y su copia será inscrita en el Registro de la Propiedad correspondiente.

El numeral habla de que el notario: "conceda la posesión efectiva de los bienes pro-indiviso del causante a favor de los peticionarios", para lo cual recepará la "declaración juramentada de quienes se creyeren con derecho a la sucesión". La declaración juramentada, nos parece que está demás, ya que a renglón seguido exige la prueba documental que debe presentar el interesado, como por ejemplo: partida de defunción, las de matrimonio, nacimiento, de la

cónyuge y los herederos. En todo caso la posesión efectiva de la herencia siempre se concederá dejando a salvo el derecho de terceros.

13. Tramitar la solicitud de disolución de la sociedad de gananciales de consuno de los cónyuges, previo reconocimiento de las firmas de los solicitantes ante el Notario, acompañando la partida de matrimonio o sentencia de reconocimiento de la unión de hecho. Transcurridos diez días de tal reconocimiento el Notario convocará a audiencia de conciliación en el cual los cónyuges, personalmente o por medio de apoderados ratificarán su voluntad de declarar disuelta la sociedad de gananciales formada por el matrimonio o unión de hecho. El acta respectiva se subinscribirá en el Registro Civil correspondiente, particular del cual se tomará nota al margen del acta protocolizada.

Tramitar la solicitud de disolución de la sociedad de gananciales. La disposición exige, los siguientes requisitos:

1. Que la solicitud sea de consuno, es decir, de ambos cónyuges.
2. Que se reconozcan las firmas y rubricas de los solicitantes.
3. Que diez días después del reconocimiento, el notario, convoque a una audiencia de conciliación en la cual los cónyuges ratifiquen su voluntad de disolver la sociedad conyugal; sólo cumplidas estas condiciones elaborará el acta respectiva declarando disuelta la sociedad conyugal, que mandará a protocolizar y subinscribir en el Registro Civil, hecho lo cual tomará nota de la inscripción al margen del acta protocolizada.
4. El señor Registrador de la Propiedad exige también que la disolución se inscriba en los registros a su cargo.

14. Autorizar la venta en remate voluntario de bienes raíces de personas menores que tengan la libre administración de sus bienes cumpliendo las disposiciones pertinentes de la Sección Décima Octava del Título Segundo del Código de Procedimiento Civil.

La disposición se refiere expresamente a los menores que tengan la libre administración de los bienes; es decir, a los menores emancipados; en remate voluntario. La federación ecuatoriana de Notarios resolvió abstenerse de actuar en estos casos.

15. Receptar informaciones sumarias y de nudo hecho;

La información sumaria ha sido un procedimiento investigativo, para resolver casos de urgencia, para evitar, por ejemplo, que se pierdan ciertas pruebas, para evitar ocultamientos de los bienes sucesorios o para el embargo provisional o secuestro de bienes que se teme desaparezcan. En todo caso esta diligencia es de jurisdicción voluntaria y puede usarse en contra de terceros, por lo que es recomendable actuar con prudencia y si se observa que va a usarse en juicio, es preferible no hacerlo.

16. Sentar razón probatoria de la negativa de recepción de documentos o de pago de tributos por parte de los funcionarios públicos o agentes de recepción;

Facultad, muy importante que se agrega a los medios de prueba documental, pues el numeral comienza diciendo: "sentar razón probatoria...". Se reconoce la importancia de la fe notarial, dándole a esta la calidad de prueba plena.

17. Protocolizar las capitulaciones matrimoniales, inventarios solemnes, poderes especiales, revocatorias de poder que los comerciantes otorgan a sus factores y dependientes para administrar negocios; y,

Este numeral ratifica la facultad esencial del notario: la de protocolizar documentos y se refiere a ciertos actos y contratos que el numeral dos enuncia, a manera ejemplar, pues no son los únicos contratos que puede protocolizar el notario; por lo que la disposición nos parece un tanto innecesaria.

18. Practicar mediante diligencia notarial, requerimientos para el cumplimiento de la promesa de contrato como para la entrega de cosa debida y de la ejecución de obligaciones.

De registrarse controversia en los casos antes mencionados, el notario se abstendrá de seguir tramitando la petición respectiva y enviará copia auténtica de todo lo actuado a la oficina de sorteos del cantón de su ejercicio, dentro del término de tres días contados a partir del momento en que tuvo conocimiento del particular, por escrito o de la oposición de la persona interesada, para que después del correspondiente sorteo se radique la competencia en uno de los jueces de lo Civil del Distrito.

El requerimiento es una diligencia previa para el cumplimiento de las obligaciones de dar o hacer, es la notificación, el aviso, el pedido que hace uno de los contratantes al otro, invitándole a cumplir lo contratado, el objeto es conseguir su cumplimiento o constituir en mora de su cumplimiento al notificado, lo que posibilitará entonces reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios.

Importante gestión notarial, pero, de presentarse controversia debe el Notario suspenderla, y enviar copia de todo lo actuado a la oficina de sorteos del cantón, dice la Ley incurriendo en error, pues ya no hay juzgados cantonales, hoy solo hay provinciales, y este segundo inciso del numeral que se comentó, agrega: "se radique la competencia en uno de los jueces de lo civil del distrito". El numeral, por lo que dejamos anotado, está mal redactado.

19. Proceder a la apertura y publicación de testamentos cerrados. Para el efecto, el que tenga o crea tener interés en la sucesión de una persona, puede solicitar al notario, ante quien el causante otorgó el testamento y lo haya conservado en su poder, proceda a exhibirlo para su posterior apertura y publicación en la fecha y hora que para tal propósito señale. En su petición el interesado indicará adicionalmente, el nombre y dirección de otros herederos o interesados que conozca, y que se

disponga de una publicación, en un medio de prensa escrito de amplia circulación local o nacional, para los presuntos beneficiarios.

Transcurridos no menos de treinta días, en la fecha y hora señalados, previa notificación a los testigos instrumentales, el notario levantará un acta notarial en la que dejará constancia del hecho de haberlo exhibido a los peticionarios la cubierta del testamento, declarando si así corresponde, adicionalmente junto con los comparecientes, que en su concepto la cerradura, sellos y lacras o marcas no presentan alteración alguna.

En la diligencia notarial, a la que se permitirá el acceso a todo interesado que justifique un presunto interés en el contenido del testamento, de presentarse oposición a la práctica de esta diligencia, el notario oír la exposición. En este evento, elaborará un acta con los fundamentos de la oposición y la enviará a conocimiento de juez competente, cumpliendo el procedimiento de ley, ante quien se deberá llevar a efecto el juicio de apertura y publicación de testamento cerrado de conformidad con las normas previstas en los Códigos Civil y de Procedimiento Civil.

De no presentarse oposición, el notario procederá a efectuar el reconocimiento de firmas y rúbricas de los testigos instrumentales, así como de que de la cubierta y el sobre que contiene el testamento cerrado del testador, es el mismo que se presentó para su otorgamiento al notario. De no presentarse todos los testigos instrumentales, el notario abonará las firmas de los testigos faltantes con una confrontación entre las que aparecen en la carátula con las que constan en la copia de la misma que debe reposar en los protocolos de la notaría, según dispone el artículo 25 de la Ley Notarial. El notario actuante confrontará la firma del notario que ejercía el cargo al momento de su otorgamiento con su firma constante en otros instrumentos notariales incorporados en el protocolo.

En el caso de que la cubierta del testamento presentare notorias alteraciones que haga presumir haberse abierto, el notario luego de proceder a

la apertura y publicación del testamento, levantará el acta pertinente haciendo constar estos particulares y remitirá todo lo actuado al juez competente. En estos casos el testamento únicamente se ejecutará en virtud de sentencia ejecutoriada que así lo disponga.

La diligencia concluye con la suscripción del acta de apertura y lectura de testamento, al cabo de lo cual todo lo actuado se incorporará al protocolo del notario, a fin de que otorgue las copias respectivas.

20. Será facultad del notario proceder al registro de firmas de funcionarios y representantes de personas jurídicas, siempre y cuando haya petición de parte y el notario tenga conocimiento pleno de quien registra su firma. El documento que contenga la certificación de firma en virtud de este procedimiento de registro, gozará de autenticidad, pero no tendrá los efectos probatorios de instrumento público, para cuyo efecto se procederá de conformidad con lo previsto en el artículo 194 del Código de Procedimiento Civil.

21. Autorizar los actos de amojonamiento y deslinde en sectores rurales, que a petición de las partes, siempre que exista acuerdo, tenga por objeto el restablecimiento de los linderos que se hubieren oscurecido, desaparecido o experimentado cualquier cambio o alteración, o en que se deban fijar por primera vez la línea de separación entre dos o más inmuebles, con señalamiento de linderos. Al efecto, se señalará fecha y hora para la diligencia, a la que concurrirán las partes, que podrán designar perito o peritos, quienes presentarán sus títulos de propiedad y procederán a señalar e identificar lugares, establecer linderos y de cualquier noticia para esclarecer los hechos.

De esta diligencia se levantará un acta, siempre y cuando exista conformidad de todas las partes, la que se agregará al protocolo del notario y de la cual se entregará copias certificadas a las mismas para su catastro municipal e inscripción en el Registro de la Propiedad correspondiente.

De presentarse oposición, el notario procederá a protocolizar todo lo actuado y entregará copias a los interesados, para que éstos, de considerarlo procedente, comparezcan a demandar sus pretensiones de derecho ante los jueces competentes.

22. Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para el efecto, los cónyuges expresarán en el petitorio, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un abogado en libre ejercicio, cumpliendo adicionalmente en la petición lo previsto en el artículo 107 del Código Civil.

23. Proceder a la liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal, para este efecto, sin perjuicio de la facultad jurisdiccional de los jueces de lo civil, los cónyuges o ex - cónyuges, a los convivientes vinculados bajo el régimen de la unión de hecho, según el caso, podrán convenir mediante escritura pública, una vez disuelta la sociedad conyugal o la sociedad de bienes que se haya formado como consecuencia de la unión de hecho, la liquidación de la sociedad de bienes. Este convenio se inscribirá en el Registro de la Propiedad correspondiente cuando la liquidación comprenda bienes inmuebles y en el Registro Mercantil, cuando existieren bienes sujetos a este Registro. Previamente a la inscripción, el notario mediante aviso que se publicará por una sola vez en uno de los periódicos de circulación nacional en la forma prevista en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil; hará conocer la liquidación de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes de la unión de hecho, para los efectos legales consiguientes. Transcurrido el término de veinte días desde la publicación y de no existir oposición, el notario sentará la respectiva razón notarial y dispondrá su inscripción en el registro o registros correspondientes de los lugares en los que se hallaren los inmuebles y bienes objeto de esta liquidación. De presentarse oposición, el notario procederá a protocolizar todo lo actuado y entregará copias a los interesados, para que éstos, de

considerarlo procedente, comparezcan a demandar sus pretensiones de derecho ante los jueces competentes.

24. Autorizar la emancipación voluntaria del hijo adulto, conforme lo previsto en el artículo 309 del Código Civil. Para este efecto, los padres comparecerán ante el notario a dar fin a la patria potestad, mediante declaración de voluntad que manifieste esta decisión, la que constará en escritura pública, donde además se sentará la aceptación y consentimiento expreso del hijo a emanciparse. A esta escritura pública se agregará como habilitantes los documentos de filiación e identidad respectivos, y las declaraciones juramentadas de dos testigos conformes y sin tacha, que abonen sobre la conveniencia o utilidad que percibirá el menor adulto con esta emancipación. El notario dispondrá la publicación de la autorización, por una sola vez en la prensa, cuya constancia de haberse publicado se incorporará en el protocolo, con lo cual entregará las copias respectivas para su inscripción en los Registros de la Propiedad y Mercantil del cantón en el que se hubiere hecho la emancipación.

25. Tramitar la petición de declaración de interdicción para administrar los bienes de una persona declarada reo por sentencia ejecutoriada penal; para el efecto se adjuntará la sentencia ejecutoriada. En el acta que establezca la interdicción, se designará un curador.

26. Solemnizar la declaración de los convivientes sobre la existencia de la unión de hecho, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 222 del Código Civil. El Notario levantará el acta respectiva, de la que debidamente protocolizada, se conferirá copia certificada a las partes; y,

27. Declarar la extinción de usufructo, previa la justificación instrumental correspondiente y de acuerdo con las reglas del Código Civil, a petición del nudo propietario en los casos siguientes:

- a) Por muerte del usufructuario;
- b) Por llegada del día o cumplimiento de la condición prefijados para su terminación; y,
- c) Por renuncia del usufructuario".

De lo expuesto, luego del análisis realizado y para tener una amplia visión de lo que se incluyó en la última reforma y concretamente al artículo 18 de nuestra Ley Notarial, que van de los numerales 19 al 27; la misma que consta en el artículo 6 de la Ley Reformatoria a la Ley Notarial, publicada en el Registro Oficial Nº 406 de 28 de noviembre de 2.006, por lo cual se pone a consideración, la lista de numerales que se incluyeron y que en síntesis van en su orden de la siguiente manera:

- 19.- PROCEDER a la apertura y publicación de testamentos cerrados.
- 20.- PROCEDER al registro de firmas de funcionarios y representantes de personas jurídicas.
- 21.- AUTORIZAR los actos de amojonamiento y deslinde en sectores rurales.
- 22.- TRAMITAR divorcios por mutuo consentimiento.
- 23.- PROCEDER a la aprobación de liquidación de Sociedad Conyugal.
- 24.- AUTORIZAR la emancipación voluntaria del hijo menor adulto.
- 25.- TRAMITAR la petición de declaratoria de interdicción para administrar los bienes de una persona declarada reo por sentencia penal ejecutoriada.
- 26.- SOLEMNIZAR la declaración de Unión de Hecho.
- 27.- DECLARAR la extinción de usufructo.

No está por demás mencionar, que las referidas reformas han otorgado al Notario facultades potestativas de jurisdicción voluntaria, que con el transcurso del tiempo, podrían facilitar y agilizar el despacho de causas que han quedado represadas debido a la lentitud del sistema judicial ecuatoriano.

2.5. DEBERES DEL NOTARIO

El artículo 19 de la Ley Notarial, reformado, determina las obligaciones y deberes que tienen los notarios, entre las que se encuentran las siguientes:

"Art. 19.- Son deberes de los Notarios:

- a) Receptar personalmente, interpretar y dar forma legal a la exteriorización de voluntad de quienes requieran su ministerio.

De presentársele minuta, ésta debe ser firmada por Abogado con indicación del número de su matrícula y del Colegio a que pertenece, la que será transcrita al protocolo;

Entonces, el primer deber del Notario: es conversar pausadamente con la persona que requiere su servicio, para saber que es lo que quiere hacer y si ello está permitido por la Ley; luego debe" interpretar y dar forma legal" es decir un vez que esta claro el requerimiento de las partes, este se debe ajustar a la normativa legal.

- b) Exigir, antes de la ejecución de un acto o de la celebración de un contrato, el pago de los impuestos relativos, tanto al acto o contrato como a los impuestos que graven los bienes a que tal acto o contrato se refiere.

Sin embargo, el Notario podrá recibir los valores correspondientes a tales impuestos y entregarlos a las instituciones respectivas dentro de los días hábiles subsiguientes, confiriendo recibo por el dinero que se le entregue, y haciéndose responsable por su custodia.

Si al hacer entrega del valor de los impuestos, la institución beneficiaría se negare a recibirlos, el Notario inmediatamente depositará los valores

correspondientes a la orden de aquella en el Banco del Estado o en sus sucursales o agencias; y donde no hubieren éstas, hará el depósito en las oficinas locales del Banco Nacional de Fomento.

En este caso, el Notario será responsable por la exactitud en la determinación legal del valor de los impuestos a pagarse;

Esta es una medida precautelatoria de los intereses económicos de las instituciones beneficiarias, habla de todos los impuestos relativos a los bienes objeto del contrato. La carga de responsabilidad que se da al notario es demasiado grande, se le hace responsable de la "exactitud en la determinación legal del valor de los impuestos a pagarse", y no sólo eso: es responsable solidario con los deudores directos de la obligación tributaria e incurrirán además en una multa igual al ciento por ciento del tributo de que se hubiere dejado de cobrar tal como lo dispone el inciso tercero del artículo 354 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal.

- c) Acudir inmediatamente que sean llamados para desempeñar algún acto en que la Ley prescriba su intervención;

En todo caso; se trata de aquellos actos que está facultado el Notario, pero cuidará de realizarlos con los requisitos y solemnidades exigidas por la Ley.

- d) Incorporar diariamente al protocolo las escrituras públicas que autorice y los documentos que deben ser protocolizados;

El numeral que antecede es muy importante y tiene que ver no sólo con la seguridad documental, sino también con la seguridad del derecho de terceros. El notario está llamado a observar estrictamente el orden cronológico en la protocolización de documentos o de las escrituras públicas que autorice; son concordantes con esta disposición los artículos 23 numeral 2 y artículo 47 de la Ley notarial.

- e) Llevar el Libro de Diligencias en el cual extenderá, diariamente una síntesis de las diligencias que practique y que no formen parte del protocolo;

De igual manera interesa el orden cronológico, regularmente se trata de diligencias y documentos importantes que constituirán prueba en determinadas circunstancias. Es un protocolo paralelo que el notario está obligado a llevar: y debe hacerlo con la misma seriedad y eficiencia que caracteriza su cargo.

- f) Organizar el índice Especial de testamentos;

El testamento es un acto que reviste consecuencias altamente importantes y controversiales, toda vez que tiene que ver con el patrimonio de la persona y sus herederos. Regularmente se presentan desacuerdos, juicios interminables. De ahí que el legislador haya dispuesto que se forme un índice especial de testamentos, en el que se observará el orden cronológico y más requisitos exigidos por la Ley.

- g) Cerrar el último día de cada año, el protocolo y más libros a su cargo, dando fe del número de fojas de que se compone, de la diligencia o escritura con que principió y de aquella con que terminó;

Se establece un año, como unidad del trabajo notarial, es un año calendario, dividido en doce meses. Su concordante es el artículo 23 de la Ley notarial, inciso primero y todos sus numerales respectivos.

- h) Remitir anualmente a la Corte Superior (hoy Provincial) o Consejo de la Judicatura, hasta el 31 de marzo de cada año, testimonio literal del índice del protocolo que hubiese formulado el año anterior;

- i) Conferir, por orden de cualquier Juez o Tribunal, copia de instrumentos, escritos o diligencias, constantes en procesos archivados en la respectiva notaría; y,

El Notario tiene en efecto, el deber, la obligación de conferir copia de los contratos, instrumentos y más documentos que guardan sus protocolos. Es además un derecho de los ciudadanos, constante en el capítulo VI de la garantía de los derechos de la Constitución de la República.

- j) Afiliarse al Colegio de Notarios del Distrito;

Aún cuando el Tribunal Constitucional, señaló el derecho que tienen las personas a inscribirse en uno de los colegios de profesionales, mas ahora no es necesario estar afiliado de forma obligatoria. La obligación de carácter gremial se lo puede ver como un aspecto positivo con relación a la unidad, la solidaridad, propendiendo al desarrollo y bienestar de la clase.

- k) Las tablas notariales deberán ser exhibidas en un lugar visible de la notaría, tabla en la cual se señalará los montos que deban cobrarse de acuerdo a la cuantía del instrumento público.

En la misma Ley el artículo 10 dispone "entregar a los interesados planillas detalladas (hoy son facturas con R. U. C. y con el I. V. A) y dejar en el archivo a su cargo copias de ellas, y además anotarán al margen del documento que autoricen el valor total de los derechos correspondientes".

Hay también 2 artículos innumerados que se mandan agregar: y que se refieren a los contratos del sector público, que siendo los de mayor cuantía y por lo mismo los que mayores honorarios reportan al Notario, se disputaban no

sólo sobre la base de influencias o contactos políticos, sino, según se ha dicho, con la participación de honorarios. Estos contratos se firmaban en las dos mayores ciudades del país: Quito y Guayaquil; los artículos que comentamos establecen un trato democrático:

- a) Se distribuye mediante sorteo, sin que un mismo notario pueda repetir si faltare algún notario por participar; y,
- b) Aunque tímidamente se dispone que "deberán autorizarse preferentemente ante un notario de la jurisdicción donde se ejecute la obra", con lo que se da oportunidad a los profesionales de cantones pequeños.

Los Notarios tienen obligaciones o deberes que se encuentra expresamente reglados y definidos en la Ley Notarial y se refieren específicamente a la formalidad que deben cumplir y seguir para el otorgamiento de los actos jurídicos que la ley exige o faculta sean solemnizados ante tal funcionario público.

El artículo innumerado que se encuentra después del artículo 19, agrega más deberes que deben cumplir los notarios y dice:

"Art. Innumerado.- Todos los actos y contratos que provengan del sector público y que por su naturaleza, deban ser protocolizados, se sortearán entre todos los notarios de la respectiva jurisdicción.

Los contratos del sector público en aquellos lugares donde hubiera más de un notario, se celebrarán mediante sorteo para asignar el notario que deba autorizarlos. Para este efecto, la entidad del sector público deberá remitir la correspondiente minuta del contrato a otorgarse en sobre cerrado lacrado, con la denominación de los otorgantes, a la Presidencia del Colegio de Notarios respectivo, el cual, sin abrir el sobre, procederá diariamente a verificar el sorteo.

Los notarios que ya hubieren sido asignados a esta clase de contratos según sorteo anterior, no podrán participar en uno nuevo, a no ser que todos los notarios de dicha jurisdicción hayan sido asignados para autorizar esta clase de escrituras públicas.

El sorteo constará en acta que quedará archivado en el respectivo Colegio Notarial".

Y para terminar, el último artículo innumerado, que consta después del artículo 19 de la Ley Notarial, manifiesta:

"Art. Innumerado.- Los contratos de obra o prestación de servicios celebrados con el sector público, que conforme a la Ley requieran de escritura pública, deberán autorizarse preferentemente ante un notario de la jurisdicción donde se ejecute la obra".

El artículo 301 del Código Orgánico de la Función Judicial, señala:

"Art. 301.- DEBERES DE LAS NOTARÍAS Y NOTARIOS.- El servicio notarial es permanente e ininterrumpido. Para cumplir sus funciones, cuando el caso amerite o las partes lo requieran, podrá autorizar los actos y contratos fuera del despacho notarial.

También son deberes de las notarías y notarios:

1. Presentar su relación de gastos así como el presupuesto de gastos ordinarios y extraordinarios ante el Consejo de la Judicatura.
2. Declarar bajo juramento los valores cobrados por los servicios prestados en forma mensual y depositar en la cuenta única del Tesoro Nacional lo que

exceda del monto máximo que le sea permitido percibir por el desempeño de la función notarial que no podrá ser superior al señalado en el artículo 304. La falsedad en las declaraciones tributarias o el ocultamiento en la inscripción o registro de bienes muebles e inmuebles, será motivo de destitución, sin perjuicio de las acciones penales correspondientes".

Como lo manifestamos anteriormente, el Notario es el funcionario investido de fe pública con el discernimiento del Presidente del Consejo de la Judicatura cuyo nombramiento y posesión le habilita para legalizar con su sello y firma, todo acto o contrato y más documentos permitidos por las leyes, a solicitud de las partes contratantes o por disposición de autoridad competente.

Cabe precisar en este sentido que el servicio notarial es permanente e ininterrumpido. Para cumplir con sus funciones, cuando el caso lo amerite o las partes lo requieran, podrá autorizar los actos o contratos fuera de su despacho notarial.

Con la Constitución de la República, los notarios son nombrados por la Función Judicial, están sujetos al control disciplinario del Consejo de la Judicatura y deben cobrar un tarifario establecido en la tabla arancelaria. Actualmente, la designación de notarios es pública, pero las utilidades del servicio notarial son privadas; esencialmente ese es el cambio.

2.6 PROHIBICIONES DE LOS NOTARIOS

El artículo 20 de la Ley Notarial nos expresa las prohibiciones de los notarios:

1. "Ser depositario de cosas litigiosas o de dinero, salvo el que corresponda al valor de los impuestos que ocasione el acto o contrato".

Este numeral es una medida de prevención que aleja al Notario de cualquier controversia o posible litigio judicial.

2. "Permitir que por ningún motivo se saquen de sus oficinas los protocolos archivados".

Medida de seguridad, el archivo del notario es sagrado, vale decir que es fuente de verdad, ya que en el se ha protocolizado la manifestación libre, espontánea y responsable de los contratantes y de otros actos y documentos sumamente importantes que no pueden ser expuestos a ningún riesgo de daño o pérdida.

3." Autorizar escrituras de personas incapaces, sin los requisitos legales; o en que tengan interés directo los mismos Notarios, o en que intervengan como parte su cónyuge o sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, o segundo de afinidad".

Es obvio, no se puede permitir al notario que autorice escrituras nulas (de personas incapaces). Ni de su propio interés o familiar, puesto que se pierde el requisito de imparcialidad, poniendo además, en desventaja al otro contratante. El notario deberá acudir donde otro notario para protocolizar los contratos suyos o de sus familiares íntimos.

4. "Otorgar a sabiendas, escrituras simuladas".

Simulación, es el acto de ocultar la verdad generalmente con el fin de perjudicar a terceros, es fingir, engañar. El Notario debe tener mucho cuidado y no dejarse sorprender con esta clase de contratos.

5. " Ejercer libremente la abogacía o ejercer un cargo público o privado remunerado, a excepción de la docencia universitaria".

Se ha mejorado el texto de esta disposición, anteriormente se restringía al destino o cargo público, deduciéndose que podía ejercer el notario un cargo privado remunerado; y no es así, se trata de evitar distracción, desentendimiento de sus labores delicadas, el notario debe dedicar todo su tiempo a la notaría.

6. "Permitir que, mientras viva el testador alguien se informe de sus disposiciones testamentarias, sino fuere el mismo testador".

El testamento es un acto esencialmente privado, rige para el futuro y no tiene validez sino después de la muerte del testador, difundirlo o permitir que alguien se entere de sus disposiciones sería poner en peligro, como ha sucedido muchas veces, la integridad física del testador o permitir la agresión Psicológica de los herederos o legatarios que sintiéndose perjudicados pretenden conseguir la modificación testamentaria a su favor.

7. " Autorizar escrituras en que no se determine la cuantía del acto o contrato o en que se estipule la alteración de ellas para cartas o documentos privados".

Tiene que ver con el aspecto tributario, debe hacerse constar la cuantía que servirá de base para la fijación del impuesto correspondiente, debe el notario exigir que se determine esta cuantía y, que además no se altere por cartas o documentos privados. Es común observar que ciertos abogados de buena o mala fe, escriben en la minuta la cuantía es indeterminada tratando de evitar el impuesto.

2.7. EL NOTARIO DEL SIGLO XXII

En cuanto a las reflexiones con miras al siglo XXI, éstas podrían ser analizarlas desde los puntos de vista tanto interior como exterior de la actividad del notario.

Por lo que se refiere al interior, el notario tiene la obligación de ser eficiente y eficaz en sus resultados. El acta y la escritura pública por él redactadas, deben satisfacer las necesidades de su cliente, realizando la fórmula jurídica y económica más adecuada. Por esta razón debe actualizar sus conocimientos jurídicos, para que de entre varias opciones seleccione la mejor.

También es su deber, adaptarse técnica y jurídicamente al mundo moderno, sin perder su naturaleza propia de asesor de las partes, utilizando de ser necesario elementos operativos, para conseguir la actualización moderna del servicio de la fe pública, como resulta demostrado por la historia.

En gran parte de los países hay notarios que para documentar y elaborar sus escrituras utilizan las computadoras o los llamados ordenadores, lo que ha redundado en una mayor rapidez y eficacia en su proceso y terminación. Los medios técnicos empleados para documentar, redactar o reproducir el trabajo notarial, son convenientes siempre y cuando no se pierda la función más importante del notado, que es el asesoramiento a las partes mediante un contacto directo y personal.

Los sistemas de comunicación como el correo electrónico, cuya información se trasmite y recibe en el mismo instante; el fax, los códigos de barras, el correo electrónico, el Internet, la telefonía celular y otros, conllevan una rapidez vertiginosa en la contratación, no sólo a nivel nacional sino también internacional, a la cual debemos irnos adaptando.

Así pues, estos sistemas traen consigo la actualización del notariado al mundo de nuestros días, y son de gran utilidad para el desarrollo de su función, no sólo para la redacción del instrumento, sino también para el acopio de datos, cálculos de impuestos, registro de clientes y cuentas, etcétera. Sin

embargo, la evolución técnica no debe menoscabar la seguridad jurídica que el notario está obligado a brindar.

En cuanto al aspecto jurídico, el examen de oposición ha dado magníficos resultados, pues la preparación y el nivel científico y técnico del gremio notarial se ha ido superando cada día más; su integridad moral es reconocida tanto por autoridades administrativas como por la sociedad en general.

La vocación, sin duda, es un elemento muy importante, pues los conocimientos para lograr acceder al notariado, requieren de grandes esfuerzos y sacrificios.

Independiente a la necesidad de capacitarse para el acceso al notariado, es su obligación el continuo estudio, preparación y actualización, sobre todo si se considera la constante transformación que existe en las instituciones jurídicas.

Fuera de concebir el conocimiento de las ciencias jurídicas como algo definitivo, el análisis, la investigación y consulta incansable son necesarios para actuar eficazmente, pues sólo de esta manera se recordarán todas leyes pertinentes, se relacionarán, jerarquizarán y entenderán en su conjunto como en sus detalles más pequeños.

Por último, y desde el punto de vista interno, no está por demás examinar y recapacitar sobre la actitud ética, por ello recordar el pensamiento que se encuentra en el pórtico del Templo de Delfos "Conócete a ti mismo". Por

lo que toca a nosotros que no debemos olvidar que el notario tiene el deber de escuchar interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar autorizar y reproducir el instrumento. En esta labor, debe caracterizarlo su veracidad, imparcialidad, espíritu conciliador, discreción secretos recibidos, preparación técnica y jurídica, desempeño personal, equidad en el cobro de honorarios, competencia leal y cumplimiento de las demás normas éticas y jurídicas.

Ahora bien, en cuanto al aspecto exterior un reto más de la función notarial, en los umbrales del siglo XXI, es ampliar su actuación a los actos de jurisdicción voluntaria, arbitraje y mediación. Esto traería los siguientes beneficios:

- I. Se ampliaría el abanico de sus actuaciones
2. Se descongestionarían los juzgados y tribunales.
3. Se lograría rapidez, economía y discreción.

CAPITULO III

ACTOS NOTARIALES Y LA FE NOTARIAL

3.1. GENERALIDADES Y DEFINICIONES.

Las actas notariales recogen meros hechos, o actos jurídicos que supongan negocios revocables que nunca se inscriben en un registro público. Por tanto, las escrituras públicas recogen negocios jurídicos irrevocables y muchas se inscriben en Registro públicos, mientras que las actas notariales se emplean para la constatación de hechos o de manifestaciones de los sujetos interesados.

Para una mejor comprensión, analizaré brevemente lo que es un acto en general, para luego entrar en lo que es un acto jurídico y finalmente describir el ACTO NOTARIAL.

ACTO.- Según el concepto que nos da Guillermo Cabanellas, es la manifestación de voluntad o de fuerza. Hecho o acción de lo acorde con la voluntad humana. Instante en que se concreta la acción. Ejecución, realización, frente a proyecto, proposición o intención tan solo. Celebración, solemnidad.²⁰

ACTO JURIDICO.- Es la declaración unilateral o bilateral de la voluntad realizada conforme a la Ley y destinada a producir efectos jurídicos. Así tenemos que, cuando provienen de Órganos administrativos, se denominan actos

²⁰ CABANELLAS, Guillermo: Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, Décima Cuarta Edición, 1986.

administrativos y, si provienen de la función jurisdiccional, son autos, decretos y sentencias.

Son muchas las definiciones que se han dado a estos términos.

No siempre los actos pueden producir efectos jurídicos, siendo por lo tanto hechos simples, pero, cuando producen, se llaman hechos jurídicos, los que son susceptibles de crear, conservar, modificar o transferir, transmitir derechos y obligaciones.

El Diccionario Explicativo de Derecho Civil Ecuatoriano, Obligaciones y Contratos, define al acto como la realización de un hecho humano. El acto humano debe ser el fruto de la libre voluntad. El acto puede ser por lo mismo consciente o inconsciente, según sea o no el fruto de la determinación y de la libertad, como si ha sido realizado por un niño o por un demente.

El acto jurídico es el que realiza el ser humano con capacidad, voluntad y libertad y por medio de él acepta las responsabilidades que se derivan del acto.

El Doctor César Coronel Jones, en su obra La Simulación de los Actos Jurídicos, define clásicamente al acto jurídico, como la manifestación de voluntad que se hace con la intención de crear, modificar o extinguir derechos. Dice por tanto que “ la voluntad requerida o la manifestación, debe ser exteriorizada, pública, ya que esa voluntad es el elemento fundamental del acto para que produzca efectos jurídicos, dice que es la médula de los negocios jurídicos y que debe darse en forma clara y sencilla, libre y seria.”²¹

²¹ CORONEL JONES, Cesar: “La Simulación de los Actos Jurídicos”, Editorial Nomos Ltda, Bogotá-Colombia.

Por lo cual no solo que nos estamos refiriendo a contratos, sino también a hechos, y así lo prescribe nuestro Código Civil, [en su artículo 1693](#) y siguientes, al referirse a los hechos jurídicos.

El Dr. Wladimiro Villalba Vega, en su obra Fundamentos de Práctica Forense manifiesta que “los hechos ilícitos, son en los que no hay la intención de producir determinados efectos jurídicos, pese a existir la voluntad y les clasifica en hechos ilícitos, a los penales y no penales.” ²²

Entre los primeros tenemos a los delitos y contravenciones, y, entre los segundos tenemos los civiles, administrativos y procesales. Así también clasifica al acto jurídico, en unilaterales y bilaterales. Los unilaterales son los que provienen de una sola voluntad, que a su vez puede ser simple cuando proviene de una sola persona, como es el caso del testamento o puede ser colectivo, es decir cuando esa voluntad proviene de varias personas, mientras que el acto jurídico bilateral se da cuando hay dos o más voluntades que coinciden sobre un punto en derecho y en este acto recibe el nombre de convenio o convención que como ya se dijo su objetivo es crear, modificar, conservar, transferir, transmitir derechos y obligaciones. Cuando la convención crea derechos y obligaciones, recibe el nombre de contrato.

En tal virtud, ACTOS NOTARIALES son las actuaciones o intervenciones realizadas y autorizadas por el Notario, de conformidad a lo determinado en la Ley Notarial en sus respectivos artículos refiriéndose a sus atribuciones, deberes, prohibiciones y de la fe pública de la que se halla investido así como en otras leyes conexas; actuaciones que las puede llevar a efecto únicamente a petición de parte interesada, con el fin de crear, modificar, conservar, transferir, transmitir derechos y obligaciones, ya que no está

²²VILLALBA VEGA, Wladimiro: “Fundamentos de Práctica Forense”.

facultado para actuar de oficio. De esto podemos concluir que los actos notariales no siempre se refieren a contratos, no obstante que nacen de la voluntad.

Nuestro ordenamiento jurídico no se preocupa de una manera genérica de normar la materia relativa a los actos notariales, y es así como no se consagran disposiciones que establezcan las formalidades y las solemnidades que deban cumplirse en su otorgamiento, quedando además su valor probatorio sujeto a las reglas generales. La ley no contempla un tratamiento sistemático de esa materia, por lo que gran parte de ella queda sujeta a los usos y costumbres de los Notarios especialmente en lo que se refiere al cumplimiento de las solemnidades que se aplican en materia uniforme y con el mejor saber y entender.

Existen actos que no requieren del cumplimiento de ciertos requisitos y solemnidades legales para su eficacia y validez, es decir no son instrumentos públicos sino simplemente se los realiza como documentos privados. Por lo que no todo acto notarial es un contrato o contiene un documento con el carácter de instrumento público o privado, ya que puede tratarse de hechos simples que no crean derechos ni extinguen o modifican derechos y obligaciones legales, sino que quedan como simples actos o hechos humanos .

Al referirnos a los actos notariales, generalmente nos referimos a actos y contratos que causan efectos jurídicos, que de una u otra manera comprometen a las partes o a una de ellas, sea unilateral o bilateralmente como antes se dijo, puesto que sirven para demostrar o probar tal o cual hecho o acontecimiento, derechos u obligaciones.

Los actos notariales no son judiciales ya que el Notario no ejerce jurisdicción, en virtud de que no administra justicia. Tal es el caso de un contrato de compraventa de bien inmueble, es una actuación notarial “un contrato” imperativamente deberá realizarse por instrumento público y ante

funcionario competente, esto es el Notario y por el hecho de incorporarse a un protocolo se denomina escritura pública.

No existe en la legislación ecuatoriana, como si ocurre en otros países, un tratamiento sistemático de la normativa jurídica relativa a las actas que puede dar origen a la constatación o configuración de hechos o circunstancias por parte del Notario, lo que se traduce, en la práctica, en que la actuación notarial queda sujeta a los usos y costumbres imperantes, basados generalmente en la aplicación por extensión de principios generales, relativos a otros actos del ministro de fe y que normalmente se refieren a la interpretación por adecuación de las normas que sobre escrituras públicas contempla la ley notarial.

Esta forma inorgánica, asistemática, de actuar es lamentable toda vez que impide claridad y homogenidad en una actividad tan importante como la relativa a la realización de Actas y que, de suyo, ocupa parte importante del quehacer de todo Notario y que implica, a su vez, la necesidad de contar con normas claras que rijan la materia.

El artículo 26 de la Ley Notarial, prescribe que se otorgarán por escritura pública los actos y contratos o negocios jurídicos ordenados por la ley o acordados por voluntad de los interesados.

3.2. CLASIFICACION DE LOS ACTOS NOTARIALES

Es extensa y variada la clasificación de los actos notariales, sin embargo se los puede clasificar en:

- PÚBLICOS que requieren ser elevados a escritura pública, y; del cumplimiento de solemnidades y requisitos esenciales para su validez y existencia.
- PRIVADOS en los que simplemente se levantarán actas y no requieren de solemnidades.

- PROTOCOLARES aquellos que ingresan al protocolo de escrituras públicas del Notario, y;
- EXTRAPROTOCOLARES aquellos simplemente quedarán como diligencia extraprotocolar.

Cabe aclarar que a un documento privado la intervención o diligencia del Notario, no le convierte a dicho documento en público o le da la categoría de escritura pública, por ejemplo, cuando realiza una protocolización o un reconocimiento de firma, el documento seguirá siendo privado, pues solo la diligencia notarial es pública.

Los actos notariales se dan en diferentes campos en el de Comercio, de la familia, civil, agrario, tributario, cooperativo, societario, seguridad social, régimen municipal, provincial, entre otros.

Si nos referimos a instrumento público estamos frente a un acto o contrato que por mandato de la Ley, deberá realizárselo como escritura pública y ante funcionario competente es decir un Notario, como son por citar los más usuales: La compraventa de inmuebles, la promesa de compraventa, la permuta, las donaciones, entre otros, a través de los cuales se transfiere el dominio, llamados títulos traslaticios de dominio; tenemos otros, como los testamentos (salvo las excepciones del tipo de testamento), poderes en ciertos casos, determinados contratos del sector público, particiones y adjudicaciones extrajudiciales, constitución de propiedad horizontal, de patrimonio familiar, de sociedades o compañías, mutuos hipotecarios, resciliaciones, aclaraciones, ratificaciones, liquidaciones de sociedad conyugal.

Otra gran clasificación de los actos notariales, la tenemos en el artículo 18 de la Ley Notarial, esto es las actas notariales, tales como: Para el levantamiento de protestos por falta de aceptación o de pago en letras de

cambio o pagarés a la orden, (no es usual), remates y sorteos, reconocimiento de firmas en los documentos que presenten los interesados, extinción de patrimonio familiar de inmuebles, siempre que los interesados, estén de acuerdo, caso contrario recurrirán al Juez de lo Civil, acta de subsistencia de patrimonio para donar, posesiones efectivas, disolución de la sociedad conyugal cuando sea por mutuo acuerdo de los cónyuges, la venta en remate voluntario, informaciones sumarias, negativa de recepción de documentos, requerimientos para el cumplimiento de contrato de promesa, apertura y publicación de testamento cerrado, actos de amojonamiento, divorcios por mutuo consentimiento, cuando no exista menores de edad y discapacitados a su cargo, emancipación voluntaria, declaratoria de interdicción para administrar los bienes de una persona declarada reo, declarar la existencia de la unión de hecho cuando la pareja esté de mutuo acuerdo, extinción de usufructo, la autorización de salida del país contemplada en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Como actos notariales también tenemos las protocolizaciones de documentos privados o públicos, las certificaciones de documentos, el registro de firmas, conferir copias certificadas de los documentos o instrumentos que se hallen en el protocolo a su cargo, conferir compulsas de documentos, certificaciones de documentos o instrumentos electrónicos, así como aquellos actos en los cuales el Notario a rogación de parte interesada o por mandato de la Ley debe concurrir a solemnizar, por ejemplo una diligencia de constatación o verificación de algún acto, hecho o sorteo.

Todo esto constituye una enumeración general, no específica ni total de los actos notariales puesto que en el campo notarial y jurídico en sí, existen muchos más que están dispersos en distintas normas y leyes, inclusive en Tratados y Convenios Internacionales.

En nuestra legislación existen varios actos de jurisdicción voluntaria, que únicamente se realizan o ventilan a competencia de los jueces ordinarios,

causando lentitud e ineficiencia debido a la gran cantidad de trámites, mal trato al usuario, erogación de gastos económicos innecesarios, por lo que es necesario buscar los mejores medios a fin de descongestionar la administración de justicia, y una de estas soluciones sería que las autoridades competentes tomen muy en serio estos aspectos ya que no lo hicieron o no proveyeron, es decir, reformen la ley dando facultades al Notario para que tramite muchos de estos actos, ya que las reformas que hasta el momento se han dado en este sentido en distintos casos realmente han sido beneficiosas para la sociedad en general, pero no son suficientes.

3.3. REQUISITOS PARA LOS ACTOS NOTARIALES

Los más usuales dependiendo del acto o contrato, los requisitos de fondo y de forma, los encontramos desde el artículo 26 al 30 de la Ley Notarial, como son:

- Los nombres y apellidos de los otorgantes, testigos, a fin de identificar a los contratantes y saber sobre su capacidad a través de sus documentos de identificación y constatar cualquier impedimento legal entre ellos;

- Los nombres del Notario, el lugar donde se celebra, a fin de saber que el contrato se celebra ante funcionario competente; la libertad con la que actúan esto es sin coacción o fuerza; la cosa, cantidad o materia de la obligación es decir que las cosas estén dentro del comercio y que estén dentro de las atribuciones del funcionario ante quien se otorga; así como de las obligaciones mutuas a que las partes se obligan;

- Lugar y fecha de otorgamiento, a fin de que surtan los efectos legales en cuanto a futuras reclamaciones judiciales que den lugar por ejemplo a vencimiento de obligaciones, prescripciones, etcétera; así como la designación de intérpretes cuando el otorgante no conoce nuestro idioma oficial, a fin de que la parte contratante sepa el objeto y resultados del acto o contrato;

En fin, otras formalidades prescritas en la Ley, como es el caso de intervinientes mudos, sordos, ciegos, así como la suscripción de los contratantes en el documento en unidad de acto con el Notario, luego de haberlos leído e instruido, se cumplirá el pago de los tributos si causare el acto o contrato.

El acto o contrato debe reunir los requisitos esenciales para su validez y existencia legal como el consentimiento; la voluntad; la causa y el objeto lícitos; el consentimiento no debe estar viciado siendo sus vicios el error, fuerza y dolo; que la voluntad sea libre y espontánea caso contrario estarán sujetos a las sanciones de nulidad, revocación, rescisión, resolución, según el caso. Igual se hará con la escritura pública puesto que también debe reunir ciertas solemnidades y requisitos legales.

En cada uno de estos actos y contratos se deberá cumplir con demás requisitos, formalidades de fondo y de forma, adjuntando los documentos habilitantes tales como documentos de identificación, partidas de nacimiento, poderes y otros documentos que justifiquen la representación legal, en el caso de nombramientos deberán estar inscritos legalmente y vigentes al momento de celebrar el contrato, caso contrario no tendrá validez legal; los demás requisitos que acrediten el estado de las cosas o de los bienes como por ejemplo pago de tributos; a más de la petición o minuta firmada por un Abogado en libre ejercicio profesional de acuerdo a lo solicitado en la Ley.

Otro requisito indispensable aunque no dicho expresamente en la Ley, es el certificado de hipotecas y gravámenes del Registro otorgado por el Registro de la Propiedad correspondiente, el cual permite verificar que el bien objeto del negocio esté libre de hipotecas, embargos, y; prohibiciones de enajenar o cualquier otro tipo de limitación del dominio que prohíba la venta o enajenación de dicho bien, así también se puede constatar que dicho bien esté dentro del comercio y que la persona que vende sea la propietaria; su historial

de dominio a través del estudio de los títulos adquisitivos de dominio, su correcta especificación y ubicación.

Es importante aclarar que la prohibición voluntaria de enajenar, no impide su venta o nuevas hipotecas o garantías sobre dicho inmueble, ya que no surten efecto, sino únicamente las ordenas por autoridad judicial.

Se podría afirmar que es indispensable la exigencia de cada uno de los requisitos y formalidades que se debe cumplir tanto para la eficacia de los contratos, cuanto para los documentos o instrumentos públicos o privados en general para los que está facultado el Notario, puesto que son la esencia misma para su validez y seguridad de los contratantes. Mientras más exigente sea su cumplimiento, más seguridad jurídica tendremos.

Es necesario reconocer que si existen normas claras y requisitos previos, no obstante en ocasiones no se cumplen, pues existe descuido en determinados funcionarios o profesionales que en este aspecto, existen limitantes y vacíos legales, inclusive en aquellos que no actúan con los principios de moralidad y buena fe, parecería que se ha hecho costumbre la búsqueda de obstáculos o quizá por la excesiva confianza de que toda saldrá bien dejando pasar por alto determinados requisitos o solemnidades, pues siempre pensamos en la buena fe de las personas que al final resulta lo contrario dando como respuesta graves perjuicios y litigios judiciales.

Resumiendo todas y cada de estas normas legales anteriormente citadas me permito reafirmar las calidades de jurista, asesor, instrumentador, fedatario, etcétera, con que debe contar el Notario en el ejercicio de sus funciones. Todo aquello hace que la intervención del notario en los distintos actos o contratos, sea de suma importancia ya que implica una actividad de interés general, siendo menester que el Notario cada vez sea un profesional con profundo conocimiento legal, con valores éticos y morales en esta delicada

función, ya que a través de su fe pública dada por el Estado, permite que los actos y contratos satisfagan los intereses de los usuarios, dando seguridad jurídica y legalidad al documento, con equidad, justicia, tratando de evitar perjuicios y conflictos judiciales.

3.4 LA FE NOTARIAL

"La expresión fe pública no es más que una especificación adjetiva del sustantivo fe, y, por tanto, tiene muy diversos criterios que corresponden a los diversos sentidos en que puede entenderse la fe. El que tiene fe, tiene una creencia, una convicción, una persuasión una certeza, una seguridad o una confianza. Entre todas estas fórmulas no carentes de matices diferenciales hay una virtual sinonimia: "relación de verdad entre el hecho y el dicho"²³.

El principio de fe pública registral, como se advierte, adquiere especial importancia dentro de la dinámica de los derechos. Opera en beneficio de los terceros que, dentro del tráfico jurídico-comercial, adquieren un bien de quien aparentemente, se encontraba facultado para hacerlo y/o a través de un negocio jurídico desprovisto, también en apariencia, de toda causa que lo pudiera tornar ineficaz. La protección que materializa convirtiendo en inatacable el derecho del tercero.

Etimológicamente, la palabra fe, proviene de la voz fides, que a su vez se deriva de faere, que significa convencer o asentir al hecho o dicho ajeno. A estas voces latinas se la considera proveniente del griego peithein, que significa convencer o también asentir al hecho o al dicho ajeno.

26 FERNÁNDEZ CASADO, "Tratado de Derecho Notarial", Tomo I. Pág. 13.

Una definición de fe pública, dice: "la fe pública es la creencia de lo que no vimos ni oímos, apoyada en el testimonio del Poder Central"²⁴. Otra definición de fe pública dice: "la función específica, de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo"²⁵. De acuerdo con los efectos que produce la fe pública, se la define como "el sentimiento que, con carácter de verdad y certeza, prestamos a lo manifestado por aquellos a quienes el Poder público revista de autoridad, asignándoles una función"²⁶.

Escriche, define a la fe como: "La creencia que se da de las cosas por la autoridad del que las dice: la palabra que se da o la promesa que se hace a otro con ciertas solemnidades o autenticidad; la fidelidad en el cumplimiento de las promesas; la confianza y seguridad que uno tiene de conseguir la cosa deseada o prometida; el dictamen de la conciencia en cuya acepción se llama fe la persuasión en que uno está de que una cosa es suya o ajena; la equidad considerada en los contratos; la seguridad o aseveración de que una cosa es cierta y el testimonio o certificado que se da la certeza de alguna cosa"²⁷.

Más, la fe puede considerarse de un modo individual, referida al hombre aislado, o puede entenderse en un aspecto o punto de vista social o colectivo, referida a la totalidad o a la mayoría de ciudadanos de un determinado grupo social. La primera, la fe individual, depende de cada sujeto, se forma en nosotros mismos y llegamos a ella o bien por un proceso intelectual fundado en hechos relacionados por nuestra razón, o bien por este mismo método racional apoyado y robustecido por la gracia sobrenatural.

El concepto de fe, referido al hombre como ser individual, tiene su primera manifestación en el testimonio de la conciencia y de nuestro conocimiento. Pero, además, por la natural inclinación de la propia naturaleza

27 FERNÁNDEZ CASSADO, "Ob. Cit.", Pág. 346.

28 GIMÉNEZ ARNAU, "Ob. Cit.", Pág. 26.

29 MENGUAL, "Ob. Cit.", Pág. 105.

30 ESCRICHE, Joaquín, "Diccionario de Legislación y jurisprudencia", Tomo II, Pág. 976.

humana que desea inquirir el por qué de lo existente, se presta asentimiento a cuanto por mediación de los sentidos o por dictamen de la razón se comprende que ha de tener efectividad real.

“Para alcanzar la certidumbre, válese el hombre de dos clases de medios unos intrínsecos y extrínsecos los otros. Dejando aparte los primeros, los últimos dos, son la autoridad humana y los sentidos externos; el primero es indirecto, el segundo directo. El hombre añade es un ser limitado y condicionado por el tiempo y por el espacio. Sí no pudiera conocer otras verdades que las que por sí propia y directamente percibiera, bien escaso sería su patrimonio intelectual. Sigue de ahí la necesidad de dar fe, o crédito, a hechos o dichos que no son percibidos por nuestros sentidos y que nos llegan por la autoridad del dicho ajeno (testimonio, tradición) o por la credibilidad que atribuimos a determinados hechos físicos o gráficos (monumentos, documentos) cuya existencia es prueba en el orden lógico de la verdad de otro hecho o circunstancia”²⁸.

Cuando se trata del segundo punto de vista de consideración de la fe, es decir, de la fe pública o colectiva, no cabe duda que puede llegarse a una convicción o creencia común por una suma de procesos intelectuales; entonces este sentimiento o creer colectivo que no es preciso que sea unánime, da lugar a lo que pudiéramos llamar la acepción vulgar de la fe pública.

La fe pública supone la existencia de una verdad oficial cuya creencia se impone en el sentido de que no se llega a ella por un proceso espontáneo cuya resolución queda a nuestro albedrío, sino por virtud de un imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos, sin que podamos decidir autóctonamente sobre su objetiva verdad cada uno de los que formamos el ente social.

³¹ FERNÁNDEZ CASADO, "Tratado de Derecho Notarial", Tomo 1. Pág. 345.

En tal sentido, Gonzalo de las Casas dice que: "fe pública es presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la Ley reconoce como probos y verdaderos, facultándoles para darla a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos"²⁹.

Siguiendo la opinión de Morón Liminiana, señala "como ideas que forman el concepto puramente intelectual de la fe pública las de testimonio, solemnidad y presunción legal de veracidad. Y añade: fe pública se llama también al efecto de estas causas, producida en la mente de los que creen en virtud de ellas"³⁰.

Así pues, el concepto jurídico de la fe pública no será la convicción o creencia del espíritu en lo que no se ve, sino la necesidad de carácter jurídico que nos obliga a estimar como auténticos e indiscutibles los hechos o actos sometidos a su amparo, queramos o no queramos creer en ellos.

Los dos sentidos, vulgar y jurídico de la expresión fe pública entrañan dos posiciones en cierto modo opuestas. Dar fe jurídicamente equivale a atestiguar solemnemente: es un acto positivo; en cambio dar fe en sentido vulgar o meramente gramatical es prestar crédito a lo que otra persona o autoridad manifiesta: es una actitud pasiva.

La potestad de atestiguar solemnemente no puede encomendarse de modo habitual a cualquier persona, sin una especial investidura previa, debe ser exclusiva de los funcionarios o autoridades a quien el Estado la encomienda. Por eso en su acepción técnica puede definirse la fe pública como la función específica, de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo.

³²DE LAS CASAS, Gonzalo, "Fe Pública", Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Tomo V. Pág. 195.

³³MORÓN LIMINIANA, "Tratado inédito, fe pública". Pág. 107.

En análogo sentido, pero atendiendo más a los efectos que a la función Mengual, dice que. "la fe pública es el sentimiento que, con carácter de verdad y certeza, prestamos a lo manifestado por aquellos a quienes el Poder público reviste de autoridad, asignándoles una función"³¹.

Fijándose igualmente en el aspecto pasivo de la fe pública, Otero Valentín la define como "la creencia de lo que se dice u ordena, a virtud del testimonio de la autoridad o funcionario que lo refrenda"³². También Pou se refiere al mismo aspecto cuando la considera como "confianza que exige la Ley en los actos atestiguados por autoridad o funcionario público, previo el cumplimiento de las formalidades exigidas por la misma Ley"³³.

En todas estas definiciones que se pone en parangón con la formulada, hay una evidente coincidencia al considerar como requisito esencial la interposición entre un negocio jurídico cualquiera, privado o público y sus efectos, al ejercitarla misión típica de solemnizar, o bien de atestiguar sin efectos creadores, una verdad jurídica e imponer la credibilidad de esa verdad.

Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la fe pública es la autoridad legítima atribuida a notarios, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y secretarios de juzgados, tribunales y otros institutos oficiales, para que los documentos que autorizan en debida forma sean considerados como auténticos y lo contenido en ellos sea tenido por verdadero mientras no se haga prueba en contrario.

Para Guillermo Cabanellas "la fe pública es la veracidad, confianza o autoridad legítima atribuida a notarios, secretarios judiciales, escribanos, agentes de cambio y bolsa, cónsules y otros funcionarios públicos, o empleados y representantes de establecimientos de igual índole, acerca de

³¹ MENGUAL y MENGUAL, "Elementos de Derecho Notarial", Tomo II, Barcelona. Pág. 105.

³² OTERO y VALENTÍN, "Comienzos de la Función Notarial". Pág. 103.

³³ POU, "Legislación Notarial", Barcelona, Pág. 5.

actos, hechos y contratos realizados o producidos en su presencia; y que se tienen por auténticos y con fuerza probatoria mientras no se demuestre su falsedad"³⁴.

El mismo autor precisa que como expresión laudatoria de esa prerrogativa está la inscripción que ostentan los notarios en medalla peculiar: "Nihil prius fide" (nada antes que la fe). Para Juan Ramírez Gronda "la fe pública es la que merecen los actos de los funcionarios con potestad para otorgarlos"³⁵.

Para Eduardo Benavides Benaventa la fe pública es "la potestad legítima atribuida por la ley a ciertos funcionarios públicos (notarios, cónsules, jefes de los registros civiles, registradores, etc.) para que los documentos y actos que autorizan sean tenidos por auténticos y verdaderos mientras no se pruebe lo contrario y así lo declare una resolución judicial firme"³⁶. Para Manzini la fe pública es "la confianza colectiva recíproca en la que se desenvuelven determinadas relaciones sociales, como son las relativas a la circulación monetaria, a los medios simbólicos de autenticación o certificación, a los documentos y a la actividad comercial e industrial"³⁷.

Para Amado Ezaine Chávez la fe pública "es la confianza acordada a ciertas personas con referencia a determinados actos, o, el instrumento que sirva para determinadas pruebas, además el mismo autor precisa que la fe pública se traduce en la confianza que tiene una colectividad con relación a esos actos o instrumentos.

CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario Jurídico de Derecho Usual", Editorial Heliasta SRL. Buenos Aires, 1989, Pág. 170,

³⁵ RAMÍREZ GRONDA Juan, "La fe pública". Madrid, Pág. 54.

³⁶ BENAVIDES BENAVENTA, Eduardo, Derecho Especial", Tomo I, Editorial Temis, Bogotá. Pág. 90.

³⁷ MANZINI, "Derecho Público", Editorial Astrea, México, 1970, Pág. 68.

3.4.1 CLASIFICACIÓN DE LA FE PÚBLICA.

Puede señalarse que doctrinariamente existen varias clases de fe pública, de entre las cuales se citará específicamente a las siguientes: Originaria, Derivada, Judicial y Notarial.

FE PÚBLICA ORIGINARIA.- Es aquella en la que el hecho se traslada al papel en forma de narración, "captada directamente por la vista y el oído del funcionario, es decir, directamente percibida por los sentidos del funcionario, e inmediato al ser narrado en el mismo momento, "de visu et auditu suis sensibus"³⁸

FE PÚBLICA DERIVADA.- Es aquella en la que el funcionario no actúa sobre hechos, cosas o personas sino únicamente sobre otros documentos. El hecho sometido a la "videncia" del funcionario es otro documento preexistente. Se está en presencia de ésta cuando vemos la fórmula "concuerta con su original" u otro semejante.

FE PÚBLICA JUDICIAL.- Es aquella de que gozan los documentos de carácter judicial. El funcionario competente para dar fe del acto procesal, es el secretario judicial cuya función autenticadora es esencialmente, igual a la del notario, diferenciándose solo en los modos de intervención.

FE NOTARIAL.- Es una facultad otorgada por la Ley al Notario. Es pública porque proviene del Estado y significa la facultad de que aquello que

³⁸ CARRA Y DE TERESA, Luis, "Derecho Notarial y Derecho Registra!", Editorial Porrúa, Decimoctava Edición 2007 México, Pág. 43

certifica y autoriza sea, salvo prueba en contrario en las instancias jurisdiccionales, la certeza jurídica.

Esta representada por la actividad del notario dirigida a la autorización de los contratos y demás actos jurídicos extrajudiciales.

Dentro de nuestra legislación, el Notario Público tiene como atributo inseparable y fundamental de su calidad fedataria, la de tener la fe pública en sus actuaciones, es decir, dar fe conforme a su propia función de lo que ve, de lo que oye y perciben sus sentidos. El Notario no puede deducir, tiene que dar fe de lo que está a la vista, de lo que le consta en forma directa, no puede ni debe emitir juicios de valor o calificar; es de esta manera como el Notario coadyuva en la realización y cumplimiento de estos fines, con la redacción y autorización de los instrumentos públicos. La fuerza probatoria que otorga el Estado al instrumento notarial, es actualmente circunstancial, fortalece al instrumento dándole las características de prueba documental pública indubitable, mientras no se pruebe judicialmente lo contrario.

En nuestra época y bajo nuestra legislación, la función del Notario, consiste en escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento notarial, en algunos casos, éste es inscrito tanto en el Registro de la Propiedad como Mercantil.

Al concretarse todo este procedimiento de elaboración de los instrumentos públicos, el Notario está ofreciendo certeza jurídica a sus clientes, lo cual a su vez contribuye con el cumplimiento de uno de los fines del Estado que es la seguridad jurídica.

3.4.2 FUNDAMENTO DE LA FE PÚBLICA.

La fe pública, al igual que las instituciones que integran la publicidad jurídica o satisfacen sus necesidades, se producen totalmente en la sociedad para la realización normal del Derecho que es uno de los fines del Estado. Si es indiscutible que, del mismo modo puede afirmarse que donde exista una sociedad regida por una serie de normas, hace falta un conjunto de organismos que contribuyan al cumplimiento de esas normas y faciliten su eficacia.

La hace referencia a diversos hechos, da fe de la existencia de los documentos relacionados en la escritura y en los legados, da fe del conocimiento del notario, da fe de la lectura y explicación del instrumento, da fe de la capacidad de los otorgantes, da fe de la existencia de la voluntad.

La múltiples relaciones que se producen en el grupo social suponen actos de autoridad y de obediencia; actos de libre comunicación entre los componentes del organismo social, colisión de derechos o de pretensiones y prevención y eliminación de estos conflictos. Por ello es preciso saber quién es el que puede mandar, y hasta donde llega su poder; hay que conocer de modo cierto los convenios o hechos que dan igual al nacimiento o modificación de derechos; y cuando se suscite contienda que resuelva una potestad de orden jurisdiccional hay que conocerla para cumplirla, los términos de la decisión del organismo competente. Semejantes circunstancias no solamente han de producirse, sino que han de tener notoriedad suficiente y la suficiente veracidad para que las consecuencias que produzcan no se consideren caprichosas o arbitrarias.

En las sociedades primitivas o rudimentarias en que la organización política es muy restringida y se asienta sobre bases esencialmente familiares, el comercio jurídico tiene una publicidad de hecho, una notoriedad que llevan en sí los elementos necesarios para garantizar las relaciones de toda índole, ya se establezcan por modo de mandato de superior a inferior, ya nazcan por

consecuencia de un acto privado, unilateral o bilateral de manifestación de voluntad; la simple producción del hecho de que se trate tiene suficiente resonancia social para imponer su exactitud y defender la realización de sus consecuencias en el caso de que se intente desconocerlas.

A medida que las relaciones sociales se complican porque se hace más compleja la organización interna del grupo y porque se va ya progresando en el orden económico y a medida que los convenios y acuerdos se celebran no sólo entre convenios y personas que habitualmente viven dentro del mismo reducido círculo social y territorial, sino que tales tratos ponen en contacto personas y bienes que están física o jurídicamente muy alejados unos de otros, se impone como necesidad de primer orden, como imperativo de público interés la existencia de una serie de organismos que de una parte compruebe la existencia de los hechos jurídicos y de los derechos que de ellos emanan y de otra parte garantice del modo más perfecto posible las consecuencias del hecho y del derecho cuando sean desconocidos o negada su existencia por aquellos a quien su ejercicio pueda perjudicar.

"Ni las leyes, ni las sentencias judiciales, ni los documentos notariales podrían tener eficacia ante la sociedad organizada, si a cada momento pudiera ponerse en duda la legitimidad o autenticidad de su contenido"³⁹

Por su parte Mengual afirma con acierto que "el fundamento de la fe pública se halla en la necesidad que tiene la sociedad para su estabilidad y armonía de dotar a las relaciones jurídicas de fijeza, certeza y autoridad, a fin de que las manifestaciones externas de estas relaciones sean garantía para la vida social y jurídica de los ciudadanos y hagan prueba plena ante todos y contra todos, cuando aquellas relaciones jurídicas entran en la vida del derecho en su estado normal "⁴⁰.

³⁹ AZPEITIA, "Legislación Notarial". Pág. 9.

⁴⁰ MENGUAL y MENGUAL, "Elementos de Derecho Notarial", Tomo II, Barcelona. Pág. 115.

Al observar la evolución histórica de la Institución se comprueba la dificultad de separar las manifestaciones embrionarias de la fe pública, imposición de creencia, de aquellas otras manifestaciones que son el germen de la publicidad en su sentido registral y cuya finalidad no es imponer o justificar hechos, sino garantizar facultades de los titulares.

3.4.3 FUNCIÓN FUNDAMENTAL DE LA FE NOTARIAL

El artículo 6 de la Ley Notarial vigente dice: "Notarios son los funcionarios investidos de fe pública para autorizar a requerimiento de parte, los actos, contratos y documentos determinados en las leyes".

Lo que caracteriza al Notario entonces es, el hecho de estar investido de fe pública, pero no es el único, hay otros funcionarios autenticadores que dan fe de los hechos que sucedieron en su presencia.

El artículo 165 del Código de Procedimiento Civil, señala textualmente:

"Art. 165.- Hacen fe y constituyen prueba todos los instrumentos públicos, o sea todos los instrumentos autorizados en debida forma por las personas encargadas de los asuntos correspondientes a su cargo o empleo."

Y el artículo 164 del mismo cuerpo de ley señala:

"Art. 164.- Instrumento público o auténtico es el autorizado con las solemnidades legales por el competente servidora o servidor. Si fuere otorgado ante notario e incorporado en un protocolo o registro público, se llamará escritura pública".

Los dos artículos comentados se desprende que se trata de los instrumentos públicos y se refieren a la teoría de la prueba, pero la fe pública notarial va más allá, se singulariza y distingue, y tiene que ver respecto del instrumento mismo, al que el Notario con su actuación legal vuelve auténtico, eficaz y veraz, de aceptación obligatoria para las partes contratantes y aún respecto de terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha.

Sin embargo, la gestión Notarial es singular, distinta a la de otros funcionarios aun del grupo de fedatarios, como los secretarios judiciales, cónsules, agentes autorizados de comercio, jefes militares y marítimos, etc.

Eduardo Gutiérrez del Solar y Bragado, "La Fe pública Extranotarial; divide a las manifestaciones humanas en este respecto, en dos grandes grupos: el de la fe pública que corresponde a todo empleado o funcionario público, por el solo hecho de serlo, y el de la fe pública especial que de manera concreta otorga el legislador a determinados funcionarios o a personas en quienes concurren unas circunstancias determinadas, a las que llamaremos autoridades. Dentro de ese segundo grupo, el de la fe pública especial, existen dos grandes subgrupos el de la fe pública judicial, a cargo de los secretarios judiciales, y el de la fe pública extrajudicial, a cargo de diversas personas fundamentalmente notarios, pero también Agentes de Cambio y Bolsa, Corredores de Comercio, Corredores intérpretes de Buques, Párrocos, Cónsules, Secretarios de Ayuntamiento y jerarquías militares y marítimas"⁴¹.

Cabe la división porque aún en el campo estrictamente privado los secretarios gremiales, de sociedades culturales, deportivas dan fe de los hechos que se suscitan en su presencia con similar gestión que los secretarios judiciales; en cambio; la gestión notarial se circunscribe en el Derecho público.

⁴¹ GUTIÉRREZ DEL SOLAR Y BRAGADO, Eduardo, "Comentarios al Derecho Notarial", Madrid. Pág. 6.

"Fe pública. En tesis general la más fundada y prevaleciente noción de fe inspirada en la ética y la moral es aquella que le atribuye el sentido de creencia"⁴².

En torno al concepto de fe, y de su derivado más concreto la fe pública se han hecho muchas estimaciones. Azpeitia Esteban ha dicho que: "La fe pública ni es convicción ni es creencia sino imposición que coactivamente obliga a todos para estimar como autenticidad y verdad oficial lo que ella ampara"⁴³.

Mustapich expresa que "la fe pública es una calidad de orden público que mediante la intervención del oficial público, acuerda a ciertos documentos el carácter de auténticos y eficaces"⁴⁴.

Por lo visto la fe pública Notarial se reviste de los elementos indispensables que lo diferencian: su calidad de autoridad delegada del Estado que actúa en el campo extrajudicial pero dentro de las normas jurídicas vigentes, cumpliendo ciertas solemnidades de forma y de fondo y que aún redactando el mismo, el negocio o contrato jurídico encargado por los particulares, inmerso en él lo autoriza con su sello y firma imprimiendo, el carácter de auténtico, veraz y eficaz.

⁴² ARGENTINO I Neri, "Tratado técnico y práctico de Derecho Notarial", Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980, Pág. 375.

⁴³ AZPEITIA, "Legislación Notarial". Pág. 42.

⁴⁴ MUSTAPICH, José, "Tratado de Derecho Notarial", Argentina. Pág. 108.

3.4.4 IMPERIO DE LA FE PUBLICA, NECESIDAD DEL ESTADO DE PROTEGERLA

Al definir a la fe pública había dicho que es la calidad que tienen o adquieren ciertos documentos por cuanto emanan de una autoridad investida de la calidad de fedatario.

Esta calidad hace que el documento autorizado por dicho funcionario adquiriera calidad de seguridad y certeza del hecho de su otorgamiento, no solo ante las personas que la otorgaron, sino incluso ante terceros, no se puede negar que al otorgar esta calidad a los documentos, estos adquieren un valor especial que hace posible el comercio entre las personas y la paz social.

El documento notarial, o aquel que está investido de fe pública, está llamado a cumplir en el comercio jurídico una doble función: La primera, inmediata, puesto que crea en torno del derecho objeto del documento, una sensación de pacífica certidumbre, es decir, que la persona o personas beneficiarías del derecho que en el documento se contenga, puede ejercerlo tranquilamente, a vista y paciencia de los demás, ya que su derecho se encuentra plenamente reconocido en Derecho. Es la misma certidumbre que en el derecho de los bienes apareja la posesión de ellos.

Y una segunda función, mediata, que deriva del hecho de que si llegare a producirse un conflicto acerca del derecho que contiene tal documento, este deberá ser resuelto en base de la verdad de los hechos representados en el documento.

Dicho en otras palabras, cumple una doble finalidad a) Ser constitutiva de actos jurídicos y contratos solemnes; y, b) Preconstituir pruebas.

Para entender mejor esta doble función, tomaré como ejemplo las características de una escritura pública de compraventa de un inmueble, que dentro de nuestra legislación es el documento notarial portador de fe pública más utilizado en el comercio jurídico.

En este caso, la función inmediata estaría dada por la posesión tranquila y pacífica que el título otorga a su titular es decir al dueño del bien inmueble; nadie podría dentro de los términos normales, molestar a esta persona, ya que su derecho se encuentra fundamentado en una escritura pública, en un título portador de fe pública.

La segunda función que cumple en este ejemplo, estaría dada por el hecho de que en el caso de que alguna persona moleste al titular de la escritura en su posesión tranquila del bien inmueble, el titular lo que hace es presentar la escritura pública como prueba en su favor y exige que los jueces que conozcan de la causa la tengan como prueba absoluta a su favor. Es decir, que con su sola presentación, queda justificada por demás la posesión del bien inmueble.

Como consecuencia de lo expuesto, se deduce que la eficacia sustancial de la fe pública es, en último término consolidar el derecho poniéndolo fuera de la incertidumbre.

Aparecen aquí ligados un propósito de estabilidad y otro de firmeza. Por ello se ha dicho que la función notarial viene a cumplir una verdadera magistratura de paz jurídica dentro de la sociedad.

De todo lo expuesto, es fácil deducir, la necesidad que tiene el Estado y la Sociedad de proteger tanto la fe pública cuanto al depositario de ella, ya que por si algún motivo las personas componentes de una sociedad llegaren a negar el carácter especial de certeza, estabilidad y firmeza jurídica de los documentos investidos de fe pública contienen, el comercio y la sociedad misma se volvería un caos, nadie podría hacer valer sus derechos ya que no

existirían documentos creíbles, en los cuales se pueda confiar y con los cuales se garantice la paz jurídica dentro de una sociedad.

Esta protección que el estado debe otorgar se debe principalmente al hecho de que el derecho, como ordenador de relaciones ínter subjetivas, requiere de un ámbito de seguridad, de orden, para lograr su fin. Ese ámbito tranquilo en el cual discurren las relaciones humanas se hace posible, gracias a la seguridad jurídica y como sustrato de esta a la confianza.

Cuando esta confianza no se produce espontáneamente de tal manera que su falta pueda ocasionar quebrantamientos a la organización social el Estado mediante su poder coercitivo la implanta. Es por ello que la función notarial aparece como impuesto por el Estado.

Dice al respecto Luis Carral y de Teresa "Si el Estado no hace posible que el particular pueda ejercitar su actividad con medios de seguridad que le permitan logra el fin que persigue, no se puede decir que ha llenado su función. Es pues la autenticidad de las cosas la que proporciona la seguridad a las transacciones. De ahí que se imponga la creación de órganos y conceptos como el de la fe pública, que permitan que los particulares puedan vivir tranquilos y confiados; y, cuando de la relaciones de particulares se trate, se hace indispensable que ese órgano redacte el documento que instruya a los particulares, y al mismo tiempo preste autenticidad a los actos por el autorizados ". ⁴⁵

Todos estos criterios concuerdan con el mantenido por Hernando Devis Echandia, quien en su compendio de Derecho procesal Civil nos dice y mantiene que la fe pública necesita ser protegida y precautelada de cualquier persona, y para ello propone como tesis el hecho de que los órganos judiciales y jurisdiccionales deban rechazar de plano cualquier petición tendenciosa.

⁴⁵ ECHEVARRI, Gabriel Noguera, Aspectos de la Fe Notarial, pag. 56,57

Con ello, lo que se trata es de que no se acepte como verdadera toda pretensión de los particulares en contra de los documentos emitidos por una autoridad, especialmente por Notarios, ya que con ello lo único que se consigue es poner en duda la Actividad Notarial de determinado Notario Público, y retardar, en cierta forma la Administración de Justicia.

Pero la fe pública puede ser vulnerada por un concepto subjetivo, del fuero interno de la persona o personas que la utilizan, y por ser un concepto, algo intangible, que no se puede ver ni probar, está expuesto a ser quebrantado.

El Notario interviene en las actuaciones de las personas, para evitar de algún modo que exista mala fe, engaño, error o dolo en las actuaciones judiciales que ante el desarrollan, ya que actúa como un elemento de seguridad para que el intervenga de buena fe.

Pero hay que tener en cuenta que el Notario es también un ser humano, con sus limitaciones y debilidades y que no puede, por más que se lo proponga, entrar en el fuero interno de las personas, en sus intenciones y adivinar, descifrar o desentrañar las razones y motivos que hacen que una persona actúe de mala fe.

Es ahí cuando la fe pública se ve burlada, engañada, esto es por así decirlo, el talón de Aquiles, su punto flaco, vulnerable, ya que nadie puede conocer de antemano la intención de otras personas

3.4.5 LA FE PÚBLICA COMO ELEMENTO INDISPENSABLE EN EL INSTRUMENTO PÚBLICO.

De forma general, la Fe por definición es "la creencia que se da a las cosas por la autoridad del que las dice o por la fama pública"⁴⁶. Couture señala: "Etimológicamente deriva de fides; indirectamente del griego (peitheio), yo persuado pública quiere decir notoria, patente, manifiesta, que la ven o lo saben todos etimológicamente quiere decir del pueblo (populicum). Fe Pública vendría a ser, entonces, en el sentido literal de sus dos extremos: "la creencia notoria o manifiesta"⁴⁷.

Haciendo un breve análisis del concepto anterior encontramos que la fe pública es la garantía que da el Estado de que determinados hechos que interesan al derecho son ciertos. Mediante la fe pública se impone coactivamente a todos, la certidumbre de los hechos objeto de la misma. Ello se consigue dotando a los documentos la constancia de determinados requisitos que aseguren su autenticidad y que vienen a constituir un sello de la autoridad pública. El resultado práctico más señalado de la fe pública en este sentido consiste en facilitar el comercio jurídico. La fe pública en su histórico y lógico desenvolvimiento, no solo constituye una garantía de certeza de los hechos, sino que también de su valor legal.

⁴⁶ COUTURE, Eduardo J, "El concepto de la fe pública", Ediciones Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1976 Pág. 46.

⁴⁷ COUTURE, Eduardo J, "El concepto de la fe pública", Ediciones Depalma, Buenos Aires-Argentina, 1976 Pág. 46.

CAPITULO IV

EL MATRIMONIO

4.1. ORIGENES Y EVOLUCION HISTORICOS DEL MATRIMONIO

El matrimonio dentro de toda sociedad ha venido evolucionando desde el apareamiento del hombre como ser racional e incluso su etimología y sus diversas concepciones han venido perfeccionándose de acuerdo con el grado de cultura de un pueblo. De la misma manera, no se puede a través de la historia rastrear en forma concreta el origen del matrimonio, en vista de que no existen elementos como prueba para las diversas concepciones que dan los tratadistas, sin embargo cabe señalar que se da una semejanza en la mayoría de concepciones sobre esta institución matrimonial.

A medida que las sociedades vienen cambiando en determinados momentos históricos, como consecuencia de estos cambios encontramos transformaciones, desde la época primitiva por ejemplo, en donde encontramos una promiscuidad sexual absoluta, hasta llegar con el pasar del tiempo al matrimonio perfecto como es la monogamia, luego de pasar por el matriarcado, la poliandria y la poligamia, razón por la cual D`Aguano, dice "el derecho a la asociación conyugal se afirma. En el seno de la humanidad, cuando ya se ha comenzado a constituir las uniones entre los sexos con un cierto carácter de permanencia y cuando uno comprende el deber de respetar la mujer ajena, a fin de que los demás respeten la propia. Cuando este respeto mutuo viene a ser sancionado por parte del poder social, entonces el derecho al matrimonio comienza su evolución".⁴⁸

Es necesario señalar que la doctrina del matrimonio se confió mucho a lo religioso y a lo sobrenatural. La religión acepto el fenómeno de atracción del hombre con la mujer, rodeándoles de una serie de formalidades, símbolos de

⁴⁸ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XIX, pag. 147

fe, símbolos de lo que no se puede en un momento dado explicar, institución religiosa que consagra la gente como una creencia.

En la Familia Hindú, el matrimonio aparece en base a las antiguas costumbres de su pueblo, merced a la subsistencia del Manava-Dharma-Sastra o Código de Leyes de Manú; produciéndose muchas controversias al respecto en relación a la fecha de aparecimiento de éste código, sin embargo, existen tratadistas que manifiestan que éste cuerpo de Leyes apareció varios siglos antes de Cristo.

En la sociedad hindú, la mujer ha sido considerada como un ser impuro, quien según las leyes y las costumbres, debía respeto y obediencia al hombre, llegando a considerarlo como a un Dios. "El matrimonio tenía por finalidad esencial la procreación de un hijo varón y se llegó a autorizar que en caso de fallecimiento del marido sin dejar hijos, un hermano suyo asegurará la descendencia"⁴⁹, con el fin de que no desaparezca su descendencia.

En la sociedad egipcia, encontramos a Heródoto, quien nos explica que, "los egipcios establecieron leyes o instituciones muy diferentes a las de los otros pueblos. Las mujeres ejercían el comercio e iban al mercado y los hombres permanecían en sus casas tejiendo las telas, teniendo así la familia muchos vestigios del antiguo Matriarcado"⁵⁰.

Como se mencionó anteriormente, las características del matrimonio en ésta sociedad egipcia es el matriarcado, debiendo iniciar además que, "se toleraba en el Egipto Antiguo una libertad sexual desconocida entre los pueblos civilizados, por lo menos, el matrimonio entre hermanos fue permitido dentro de la familia real"⁵¹.

⁴⁹ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XIX, pag. 147

⁵⁰ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XIX, pag. 147

⁵¹ ARIAS, José: "Derecho de Familia", Pag.19

Durante el período de los Persas el predominio del hombre es absoluto sobre la mujer e incluso tenía el derecho de repudiarla llegando a disponer de su vida. Lo que llama la atención es la costumbre persa admitida por la legislación civil del “matrimonio a plazo, es decir, por tiempo determinado, vencido el cual los cónyuges pueden renovarlo o no”⁵², quizá ésta es la razón por la cual un hombre no debía permanecer soltero, en vista de que si fracasara el matrimonio en el plazo estipulado podía darse por terminado.

La característica fundamental de este matrimonio es la poligamia, en donde el hombre es el jefe de la familia, así como también el nuevo tipo de matrimonio, en el cual se llega a estipular un plazo para su terminación o para que sea renovado.

Las leyes sagradas de los Hebreos, nos permite conocer con bastante exactitud sus leyes y costumbres. "Sabemos así que la poligamia era practicada y que existía a favor del marido la facultad de repudiar a su cónyuge, exigiendo a este respecto al Deuteronomio que el marido entregará a la mujer carta de repudio en su propia mano".⁵³

En esta sociedad se da una versión casi similar en relación a que si fallecía el marido y los hermanos de éste vivían juntos, en caso de que el fallecido no hubiere dejado descendencia, la mujer del difunto debía casarse con un hermano de éste, quien era encargado de darle un primogénito a fin de que no desaparezca el nombre del ya fallecido.

En la comunidad griega, la mujer hasta aquí todavía sigue perteneciendo al mismo plano de las épocas anteriores, tanto que Morgan manifiesta "Subsiste siempre el enigma de que una raza dotada de potencias tan magnas, permaneciere tan esencialmente bárbara en el apogeo de la civilización en lo

⁵² ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XIX, pag. 143

⁵³ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XIX, pag. 149

que se refiere al modo de considerar el sexo femenino⁵⁴, o sea, el hombre debía permanecer gobernando a la mujer.

Esta organización familiar sufre una evolución más rápida que en Roma, el que manda es el jefe de la familia, como en Atenas, por ejemplo, en donde se dio un tipo de familia semejante a la moderna, que se caracterizaba por la mayor personalidad de los contrayentes. Además, en Esparta, para contraer matrimonio, se necesitaba de una edad de treinta años para el hombre y veinte para la mujer, edades en donde la mentalidad es más madura, tomando en cuenta como personas de unos diecisiete años por ejemplo, tenían una edad tope y si pasaban de esa edad, eran considerados dentro de la sociedad como si hubieran realizado una deshonra.

En Atenas la edad máxima para contraer matrimonio era de treinta y cinco años en los hombres y veinte y cinco años en las mujeres, no se permitía la poligamia y se repudiaba el menor desvío y en algunas leyes el celibato fue calificado como infamia.

La características de este matrimonio es que ya desaparece la poligamia; consolidó en relación a lo económico el cónyuge se transforma en un administrador de los bienes de la mujer, sin que pudiera acrecentar su fortuna y debiendo devolverla en caso de separación o de muerte y no existir descendencia a sus ascendientes.

La familia romana aparece conservando residuos posiblemente del matriarcado pero con mayor asentamiento encontramos el patriarcado, siendo esta época en la cual han podido inspirar a investigar sobre el matrimonio la mayoría de tratadistas.

La característica fundamental de este matrimonio era que el hombre más veterano era el jefe de la familia y tenía poder sobre todos sus miembros, como

⁵⁴ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XIX, pag. 148

son la mujer, los hijos y nietos. Por otro lado la familia era eminentemente agnática, esto era que el parentesco solo continuaba por lo varones.

Podían celebrar matrimonio los hombres a la edad de catorce años como mínimo y en las mujeres a los doce años, conocidos en nuestra legislación como menores púberes, dándose fundamental importancia a la intención de ser marido y mujer, intención que los romanos designaban con la locución *affectio maritalis*.

"El matrimonio se rodeó de muchas formalidades y solemnidades para su celebración conociendo así la *confarreatio* que consistía en la división por parte de los esposos de una torta de barro como símbolo de la iniciación de la vida en común, ceremonia que se cumplía ante la presencia de diez testigos"⁵⁵.

Posteriormente se dieron varias formas para la celebración del matrimonio apareciendo el trueque o venta, que lo realizaban las personas que ejercían la patria potestad de la mujer y que fue conocida como *competio* y el *usus* que se daba cuando la mujer era poseída por el marido en el término de una año sin que sea interrumpida su posesión sobre ella, pudiendo la mujer evitarlos, dejando la casa conyugal por tres noches consecutivas.

Con el apareamiento del mercantilismo y dejando atrás al Estado romano agrícola, van desapareciendo los matrimonios *cum manu*, en vista de que la ley permitía las emancipaciones anticipadas de los bienes del *filius*, quien podía tener patrimonio particular e incluso dentro del derecho sucesorio. El *paterfamilias* fue privado de al libertad de testar apareciendo de esta forma los derechos hereditarios hasta para los parientes maternos, consagrándose este derecho con Justiniano y siendo característico en este período el matrimonio monogámico.

En la época de los MAHOMETANOS encontramos el matrimonio consagrado en el libro sagrado de los musulmanes con el CORAN, que

⁵⁵ ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo XIX, pag. 149

aparece en el siglo VII de nuestra era, y que ha dado fundamento al derecho de los pueblos que profesaban esta religión mahometana.

Además, según el Corán se observa que las mujeres eran consideradas seres inferiores con relación al hombre, pudiendo ser repudiadas, razón por la que el hombre debía pasar una pensión a la mujer que ha sido por el repudiada, pensión que le servía 'para alimentarse, similar a nuestra ley en el caso de que el cónyuge le abandone a su consorte, el agraviado tiene el derecho de reclamar alimentos siempre y cuando se justifique que el que reclama no trabaja, es decir, que entre los mahometanos ya apareció una ley que protegía a la mujer.

En la civilización de los GERMANOS, a pesar de que la mujer seguía siendo inferior al hombre jurídicamente, por lo menos ya existía un gran respeto sobre ella. Primitivamente se permitió la poligamia y el derecho a ser repudiado, pero como consecuencia de ello y por su evolución se dio el matrimonio monogámico, a pesar de que originariamente el matrimonio se realizaba por medio de la compra, así como se prohibió el matrimonio entre hombres libres con esclavas. A pesar de todo esto, encontramos en la familia germana una gran austeridad de costumbres formando un contraste si comparamos con la familia romana.

En el siglo IX de nuestra era, los germanos quedaron influenciados por el derecho canónico razón por la cual comenzaron a aparecer los tribunales eclesiásticos para la celebración de los matrimonios y por ende pasó al control de estos actos a la Iglesia Católica.

Es necesario reconocer que el cristianismo contribuyó para la institución del matrimonio monogámico quizá, en su máxima perfección y terminó incluso con los matrimonios que acordaban los padres de los contrayentes por sus conveniencias económicas, especialmente sin permitirles que pudieran expresar su consentimiento y voluntad, incluso, la Iglesia ha sostenido siempre la indisolubilidad.

Hasta aquí en la edad media y moderna se afirma el poder de la iglesia con el matrimonio monogámico, pero comienza a surgir los problemas en cuanto a las diferencias de los miembros de la familia en vista de ciertos privilegios que se otorgaba a los hijos primogénitos o los mayorazgos.

La Iglesia Católica desde el siglo X al XV, mantuvo un predominio en cuanto a la legislación y competencia sobre el matrimonio, dándose posteriormente reformas, razón por la cual comienza a debilitarse la potestad no solamente del matrimonio sino de todos los problemas de índole social, económico y político, debilitamiento que se dio con poca notoriedad en algunos países como España y Francia, en los que siguió imperando el derecho canónico hasta comienzos del siglo XVIII cuando aparecen dos tipos de legislaciones sobre el matrimonio, como son el civil y el eclesiástico.

Con la Revolución Francesa en el siglo XVIII aparecen tratadistas como Rousseau, Voltaire y Montesquieu, quienes, con sus nuevos ideales de transformación, van abriendo paso y preparando terreno para la gran revolución que fue transcendental en la historia de la humanidad, partiendo del criterio de que el hombre es una animal racional se define el matrimonio civil como un contrato, analizando de que si existe libertad para crear debe existir para poder dejar sin efecto, es decir lo que el hombre construye puede también destruirlo, de tal manera que en la Constitución Política de 1791 de Francia el matrimonio era considerado como un contrato civil, para luego de un año aparecer una nueva institución como es el divorcio que trata de la disolución del vínculo matrimonial.

Sin embargo de que estas leyes no fueron bien recibidas, luego de una serie de comentarios que se dieron de acuerdo a los intereses con la Revolución Francesa y como consecuencia de ella en la mayoría de países de Europa y América, se crearon y sancionaron sus propias leyes y es así como en Italia en 1865 aparece el primer Código Civil en el que se considera el matrimonio civil como el único con sus efectos en el ámbito secular, sin ninguna prohibición de que puedan contraer matrimonio eclesiástico, es decir quedando a elección de los contrayentes.

En cambio en España en 1889, su Código Civil reconoce dos formas de matrimonio civil y religioso, a pesar de que en la mayoría de países del mundo el matrimonio civil ha pasado a ser oficial, cuya competencia exclusiva corresponde al Estado.

Con la adopción del Código de Andrés Bello en el Ecuador se instituyó por primera vez en el Ecuador el matrimonio como institución del Derecho Civil en el Ecuador en términos bastante similares a los actuales, al menos en el concepto.- El Código Civil de 1889, en su artículo 81 manifestaba:

"El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear y auxiliarse mutuamente."

Sin embargo, aún no se advierte una plena separación entre el matrimonio civil y el matrimonio eclesiástico, por el contrario se da autoridad a la iglesia para calificar la validez de un matrimonio o la imposibilidad de que aquel se celebre.

Así el Art. 100 del Código Civil de 1889, decía: "Toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la validez del matrimonio que se trata de contraer o se ha contraído. La ley civil reconoce como impedimento para el matrimonio los que han sido declarados tales por la iglesia católica; y toca a la autoridad eclesiástica decidir sobre la existencia y conceder dispensa de ellos". Como nuestro país era todavía un Estado confesional que reconocía y practicaba como religión oficial al catolicismo, dicho artículo se encuadraba plenamente en ese sistema.

El 1 de enero de 1903, como consecuencia del liberalismo que se imponía como idea de gobierno del Ecuador, se establece la Ley de Matrimonio Civil, que reconoce al matrimonio como una institución propia del derecho privado, y a su vez abre la puerta a modernas corrientes jurídicas que planteaban el divorcio como forma de terminación del matrimonio; aunque, obviamente esto dio lugar a una gran polémica entre el Estado y los sectores clericales que a ultranza se oponían al divorcio calificándolo de grave herejía. El divorcio se concedía únicamente por el adulterio, la mujer y las personas divorciadas solo podían contraer matrimonio luego de que hayan transcurrido diez años.

En la Constitución de 1978 se prescribe la unión marital monogámica y estable, sin matrimonio, debería producir efectos patrimoniales similares al vínculo matrimonial, lo cual fue regulado por la Ley 115 promulgada en el Registro Oficial 399 del 29 de diciembre de 1982.

La Ley 43, promulgada en el Registro Oficial 256 del 18 de agosto de 1989, pretende perfeccionar la igualdad de los cónyuges, y en algunos puntos lo consigue, en cuanto declara la igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges, la posibilidad de aquellos que elijan de común acuerdo su domicilio, pues debe recordarse que antes de dichas reformas el marido podía obligar a la mujer a seguirle a donde el tuviere a bien radicarse.

4.2 ETIMOLOGIA Y CONCEPTO DE MATRIMONIO

El origen etimológico de la palabra matrimonio como denominación de la institución bajo ese nombre no es claro. Se suele derivar de la expresión "matris munium" proveniente de dos palabras del latín: la primera "matris", que significa "madre" y, la segunda, "munium", "gravamen o cuidado", viniendo a significar "cuidado de la madre", en tanto se consideraba que la madre era la

que contribuía más a la formación y crianza de los hijos. Otra posible derivación provendría de "matreum muniens", significando la idea de defensa y protección de la madre, implicando la obligación del hombre hacia la madre de sus hijos.

Para efectos de mayor comprensión de la expresión "matrimonio" en su aspecto etimológico es importante tener presente que, en muchas de las lenguas romances, es válido el concepto del contrato de matrimonio considerado por el Derecho Romano, que tiene su fundamento en la idea de que la posibilidad de ser madre, que la naturaleza da a la mujer núbil, la llevase a procrear una familia.

Encontrar criterios comunes que proporcionen un concepto de matrimonio válido para todas las doctrinas que lo aceptan, no es tarea que pueda cumplirse en forma absoluta, porque siempre existirán opiniones que se dan en base a la ideología o religión que pertenecen. Aparecen diferentes conceptos, porque se trata de una institución de vital importancia para la evolución de la sociedad, cuya célula principal es la Familia, que se origina preferentemente en el matrimonio.

La concepción que nos da nuestro código Civil en su Art.81 nos dice que, "Matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos procrear y auxiliarse mutuamente", concepto que resulta aplicable, por el cambio de criterios, de principios jurídicos, frutos de una elaboración racional, que pudiera abarcar reglas ideales de conducta, de proporciones jurídicas formuladas como reglas imperativas y destinada a que sean obedecidas, en cambio la Constitución de la República del Ecuador nos dice en su Artículo 67 inciso segundo "El matrimonio es la unión entre hombre y mujer, se fundada en el libre consentimiento de las personas contrayentes y en la igualdad de sus derechos, obligaciones y capacidad legal

Esta definición nace de la concepción clásica de carácter contractual que viene heredando la humanidad desde la Revolución Francesa (1789) y en

nuestro país específicamente cuando se produce la Revolución Liberal con el General Eloy Alfaro(1895), dejando atrás en cierta forma, al matrimonio eclesiástico, pasando esta institución matrimonial definitivamente a poder del Estado: avance que se produjo en aquella época y que fue de mucha trascendencia histórica, pero que en la actualidad, se ha tornado caduca para la actual sociedad, de tal forma fue necesario un nuevo tipo de institución matrimonial, razón por la cual "muchas legislaciones occidentales y en mayor grado el derecho de los países socialistas han destruido la noción de tipo contractual, para enfatizar más en los caracteres sociales y afectivos de la unión que en los rigorismos tradicionales"

Sin embargo, Juan Larrea Holguín define al matrimonio "como una institución de Derecho Natural y carácter sagrado, que es sacramento para los católicos , se origina por medio de un contrato solemne, es único e indisoluble y tiene por objeto la ayuda mutua de los cónyuges, la procreación y educación de la prole"⁵⁶.

En relación al análisis del concepto de matrimonio según nuestra legislación, se trata de un contrato, noción que ha sido discutida fuertemente por los tratadistas del Derecho Civil ya que, "uno de los caracteres principales de los contrato es la circunstancia de que tanto en su constitución efectos y modalidades, juega un rol determinante la libertad de los celebrantes"⁵⁷, es decir, que en este contrato como es lógico interviene la voluntad de las partes, esto es el consentimiento de los contrayentes, así es como se puede observar que la mayoría de legislaciones civiles han sido influenciadas por la inspiración de la Doctrina Canónica, en cuanto se refiere a que el matrimonio se hace por el consentimiento de las partes, justificando inicialmente que se trata de un contrato por el cual el hombre y la mujer entablan entre ellos una unión que la Ley sanciona y que no pueden romper a voluntad, o sea que este contrato se

⁵⁶ LARREA HOLGUIN, Juan: "Derecho Civil Ecuatoriano", Tomo II, pag. 55

⁵⁷ PARRAGUEZ, Luis: "Manual de Derecho Civil Ecuatoriano", Volumen I, pag. 179

somete a las leyes que lo regulan y que en la mayoría de países en el mundo se encuentran en poder del Estado.

Al referirse el Artículo 81 del Código Civil Ecuatoriano, a la unión de un hombre y una mujer, se establece que es un contrato en el que intervienen personas de distinto sexos, de ahí que, "el objeto de este contrato es formalizar la necesidad vital que impulsa a los individuos de distinto sexo a unirse en el sentido más integral"⁵⁸, diferencia fundamental con la otra clases de contratos.

El matrimonio por tratarse de un contrato que tiene exigencias, efectos y características propias, ha sido considerado como un contrato sui generis. La unión matrimonial es la unión total de cuerpos y almas, de sentimientos, de derechos y obligaciones, de ahí que aparece el principio de unidad e indisolubilidad del matrimonio.

La unión matrimonial según nuestra legislación es actual, esto es que, el contrato matrimonial que puede estar sujeto a cierto plazo o condición, como sucedía antiguamente en la Edad Media, en donde encontramos la institución del matrimonio futuro, que se conoció en nuestro medio como la promesa de matrimonio.

Nuestra ley indica que sus efectos se producen en el momento en que los contrayentes comparecen ante el funcionario respectivo a fin de que se realice el acto, en el cual expresan su consentimiento para contraer nupcias. Pero es necesario aclarar que el vínculo matrimonial y los efectos civiles que puede producir, corren sólo después de la celebración del matrimonio sea cuando se suscribe en la Oficina del Registro Civil.

Al igual que en el Derecho Natural y en el Derecho Canónico, nuestra disposición menciona que la unión debe ser indisoluble, en forma absoluta como en el caso del matrimonio sacramental y consumado de los católicos. Además se considera que con la indisolubilidad el matrimonio puede cumplir

⁵⁸ PARRAGUEZ, Luis: "Manual de Derecho Civil Ecuatoriano", Volumen I, pag. 179

con sus fines, evitando así la corrupción de la sociedad. Por este motivo, las Autoridades Eclesiásticas respetan y reconocen la indisolubilidad del matrimonio, toda vez que no son leyes humanas las que han establecido.

Sin embargo, en la actualidad no podemos hablar de indisolubilidad y de unión para toda la vida en la legislación civil, por la Institución del Divorcio. Por causas y circunstancias que se producen dentro del matrimonio, han servido como válvula de escape dándose la disolución del vínculo matrimonial, sin pensar quizá, en las consecuencias que tiene que soportar los descendientes en caso de procrear dentro del matrimonio.

Otro de los fines del matrimonio es "Con el fin de vivir juntos, procrear y auxiliarse mutuamente", estos fines que también son de carácter natural, se convierten en obligaciones civiles, ya que la mujer tiene que seguir a su cónyuge, y éste a su vez debe recibirle en el lugar en donde se encuentre viviendo, cualquier cónyuge tiene la obligación de pasar alimentos al que los necesita, así como también debe protegerlo, es decir, toda vez que se celebre el matrimonio, los esposos tienen que someterse a un conjunto de derechos y obligaciones que se dan dentro de la vida marital.

4.3 CARACTERISTICAS DELMATRIMONIO

Dentro del Derecho Comparado existe una regulación del matrimonio y por lo tanto surgen características fundamentales:

a) MONOGÁMICO.- Solo en algunos pueblos mahometanos, se continúa practicando la poligamia que se conserva como rezago que en los actuales momentos tiende a desaparecer.

b) PERMANENTE.- En el sentido de que al contraer matrimonio, se entiende que se unen para toda la vida, a diferencia de Persia en donde todavía existe el matrimonio por tiempo determinado.

c) EXCEPCIONALMENTE DISOLUBLE.- Aunque en algunos países no se admite el divorcio absoluto y en otros países se permite con gran facilidad. Se puede indicar que la tendencia ostensible en el Derecho Comparado es la que dejo señalado.

Las características y repercusiones que emanan de la celebración legal de un matrimonio, acarrearán una enorme importancia para las personas y la sociedad en general, razón por la cual, este debe ser estudiado como una institución o como el acto de tipo jurídico que da origen a la misma.

En este sentido, es imprescindible señalar que el matrimonio considerado ya sea como una institución o acto jurídico, debe ser estudiado en torno o a las directrices que establece el Derecho Civil y dejando de lado las precisiones expuestas en el Derecho Canónico, ya que en cierto sentido, estas constituyen planteamientos de tipo idealista que se alejan de la realidad.

4.4. REQUISITOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ DEL MATRIMONIO

Al referirme a los requisitos del matrimonio tendría que referirme en forma general a la doctrina que se refiere al acto jurídico, sin embargo, el matrimonio no impide que en su celebración se tomen en cuenta las disposiciones generales que en el Código Civil regula a los contratos.

Por lo tanto en nuestra legislación encontramos dos clases de requisitos similares a la a la gran mayoría de países en el mundo.

Los requisitos se clasifican en de existencia y de validez, división que al ser comparada con otras legislaciones encontramos como elementos esenciales y de validez del matrimonio.

Es necesario observar que todo acto jurídico para que se produzca, requiere de ciertos requisitos, sin los cuales no puede llegar a existir o aunque exista, no puede llegar a producir efectos jurídicos ya que lo lógico es que una vez que se produzca un acto jurídico deber existir objetivos previstos por las personas que celebran amparados y sujetos a la ley que rige y de la misma forma se espera las consecuencias que se pueden dar después de la celebración.

"Los requisitos matrimoniales en su conjunto general, están condicionados a los impedimentos, los cuales a su vez están determinados y reglados por el Derecho Civil"⁵⁹.

De ahí que se debe analizar la distinción que existe entre la existencia y validez de un acto jurídico, la existencia se refiere al nacimiento de un acto y la validez viene a ser la actitud que tiene para producir efectos jurídicos.

4.4.1. REQUISITOS DE EXISTENCIA

Los requisitos para la existencia del matrimonio son:

1.- DIFERENCIA DE SEXO.- Este es un requisito expreso para el matrimonio y se encuentra contemplado en el Art. 81 del Código Civil, definición que claramente nos hace entender a lo que se refiere el matrimonio, pero sin embargo, en algunos países desarrollados existen agrupaciones que solicitan que se legalice el matrimonio entre personas del mismo sexo. Criterio muy ajeno a la naturaleza de la sociedad ya que uno de los fines del matrimonio es la procreación.

2.- EXISTENCIA DE CONSENTIMIENTO.- Este requisito se refiere a la manifestación de la voluntad que expresan los contrayentes en el momento de la celebración del matrimonio.

⁵⁹ BALDASSARRE, "Derecho Civil", Tomo I, Volumen III, pag. 215

"El consentimiento de los contrayentes es esencial a la existencia del matrimonio, en todo acto o declaración de voluntad. Es indispensable para la celebración del matrimonio que los contrayentes expresen ante el oficial del registro civil, que consienten en recibirse el uno al otro como marido y mujer, pues solo con su respuesta afirmativa a la pregunta que les dirige para inquirir su voluntad, puede proceder a la celebración"⁶⁰.

De acuerdo con nuestro Código Civil al referirse a los actos y contratos, el Artículo 1461, expresa determina que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario.

1.- Que sea legalmente capaz.

2.- Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio.

3.- Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

4.- Que tenga causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra.

El consentimiento es de fundamental importancia para la existencia del matrimonio y la manifestación de voluntad que no puede estar viciada por error fuerza o dolo. Pero no puede existir consentimiento en caso de que uno de los contrayentes se encuentre bajo influjo de una droga, en estado de sueño o bajo amenazas.

3.- CELEBRACION ANTE EL FUNCIONARIO AUTORIZADO.- El matrimonio como es un contrato solemne, tiene que celebrarse de acuerdo con

⁶⁰ CLARO SOLAR, Luis: "Derecho chileno y comparado" Tomo I, pag. 293

lo que dispone la ley, como es la celebración ante el funcionario autorizado; esto es ante la autoridad que ha recibido de la ley la facultad de celebrar matrimonio como sucede en nuestro país de acuerdo con la ley, en forma jerárquica los jefes provinciales, los jefes cantonales y los jefes de áreas en las parroquias, con la presencia de dos testigos que certifiquen conocer a los contrayentes y su estado civil antes de la celebración, sin este funcionario del Registro Civil no se puede realizar el matrimonio.

4.4.2 REQUISITOS DE VALIDEZ

Estos requisitos no son necesarios para la existencia del acto jurídico cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta o relativa, según lo que disponga la ley. Siendo en nuestra legislación los siguientes requisitos.

1.- CONSENTIMIENTO LIBRE Y ESPONTÁNEO.- En todos los actos que interviene la voluntad y de manera especial en el matrimonio, la manifestación tiene que ser libre y espontánea, por lo tanto este acto tiene que celebrarse exento de vicios.

Nuestra legislación al referirse a la manifestación de la voluntad que expresan los contrayentes en el momento de la celebración del matrimonio, manifiesta que debe ser libre y voluntaria, así lo determina el Art. 96 del Código Civil, dice: "es igualmente causa de nulidad del matrimonio la falta de libre y espontáneo consentimiento por parte de alguno o de ambos contrayentes, al tiempo de celebrarse el matrimonio, sea que provenga de una o más de estas causas.

1. Error en cuanto a la identidad del otro contrayente;
2. Enfermedad mental que prive del uso de razón;
3. Rapto de la mujer, siempre que ésta, al momento de celebrarse el matrimonio, no haya recobrado la libertad; y,

4. Amenazas graves y serias, capaces de infundir un temor irresistible".

Pero la mayoría de tratadistas al referirse al matrimonio manifiestan que, "los vicios que se oponen a la libertad y espontaneidad del consentimiento son el error y la fuerza, comprendiendo en éste último raptor, pues no es sino una de sus formas", ⁶¹ siendo el dolo rechazado dentro del matrimonio.

a) ERROR. El error se encuentra tipificado en nuestro Código Civil y se refiere a la identidad de las personas, es considerado como un vicio que obstaculiza la expresión de la voluntad de una persona en forma libre y espontánea. "El error en general es la falsa noción que nos hemos formado de una persona o de una cosa. El error cometido por uno de los esposos relativamente a la persona del otro, puede recaer sobre la identidad misma de la persona con quien quería casarse, o sobre las cualidades que atribuye o supone en la persona con quien se casa"⁶²

Dentro de nuestra legislación Juan Larrea Holguín al referirse al Art. 96 admite que puede haber nulidad sobre el error en cuanto se refiere a las cualidades de la persona; la misma que se distingue de las demás por una serie de atributos y condiciones particulares que dentro de una sociedad fijan su posición, pero dentro de la institución del matrimonio, no interesa solamente la posición social, como la fortuna, títulos, prestigio, etc., sino que además es necesario la posición jurídica, la que puede medirse en función de los atributos que el derecho reconoce a la persona, esto es su nacionalidad, nombres, capacidad, etc. Un error en la identidad así considerada como identidad civil o jurídica que viene a distorsionar el consentimiento dentro del auto matrimonial.

b) ENFERMEDAD MENTAL. El consentimiento que da el contrayente tiene que ser en forma normal, es decir que su mentalidad no esté sujeta a ningún influjo. A lo que se vendría a referirse la enfermedad mental sería a un deterioro de la voluntad y que en lo posterior produciría la incapacidad del

⁶¹ CLARO SOLAR, Luis: "Derecho Civil Chileno y comparado" Tomo I, Pag. 285

⁶² CLARO SOLAR, Luis: "Derecho Civil Chileno y comparado" Tomo I, Pag. 296

sujeto para la celebración de actos jurídicos, de allí que en derecho, la enfermedad mental constituye una causal de incapacidad, tal cual la tratan los Artículos 95 y 1463 que se refieren a la incapacidades para el matrimonio, y; para todos los actos y contratos respectivamente.

La mayoría de juristas al referirse a la demencia han hecho hincapié en ciertas manifestaciones demenciales externas que revelan una alteración de la inteligencia, o tenían la imagen del "loco clásico" llamado así por Nerio Rojas, y que es una persona que tiene irregularidades conductuales fáciles de percibir a simple vista. Asimismo se refiere a los "intervalos lúcidos" que son instantes en los cuales el demente revela trastornos groseros y visibles.

Al referirme a los intervalos lúcidos la tendencia actual los descarta por tratarse de manifestaciones más aparentes que reales. Motivo por el cual sostiene, "o el sujeto entra en el llamado intervalo por curación y ya no es enfermo, o se halla en remisión simplemente o en una fase de descanso y entonces sigue como tal enfermo"⁶³.

En los casos de la celebración de matrimonio de un demente o enfermo mental que se declara interdicto mediante sentencia judicial, su declaración será motivo de nulidad, aunque se alegue que en el momento de la celebración estuvo en su normalidad. Al respecto el Art. 486 del Código Civil, se refiere a este acto y manifiesta: "Los actos y contratos del demente, posteriores a la sentencia de interdicción, serán nulos, aunque se alegue haberse ejecutado o celebrado en un intervalo lúcido.

Por el contrario, los actos y contratos ejecutados o celebrados sin previa interdicción serán válidos, a menos de probarse que el que los ejecutó o celebró estaba entonces demente" y en caso de que se encuentre en trámite la interdicción judicial, la celebración del matrimonio debe suspenderse hasta que el Juzgado que conoce la causa, pronuncie el fallo respectivo.

⁶³ PARRAGUEZ, Luis: "Manual de Derecho Civil", Volumen I, pag. 189

c) RAPTO DE LA MUJER. Viene a ser un vicio del consentimiento que se encuentra enmarcado dentro de la fuerza, si se ha producido el rapto y hasta el momento de la celebración del matrimonio no ha recobrado su libertad, especialmente esta clase de raptos se producen en la mujer y que en otras legislaciones se conoce como fuerza o violencia, esta clase de vicios.

"Este vicio afecta, como se ve, al consentimiento de la mujer, consentimiento que no es libre y espontáneo por la presión innegable que ejerce sobre ella el individuo que la hizo abandonar el hogar en que se encontraba"⁶⁴

El rapto puede producirse mediante la violencia, en caso de llevarse a la fuerza y también algunos tratadistas manifiestan que se puede dar el rapto mediante la seducción, que es el engaño.

Al respecto Fernando Fueyo, manifiesta que se produce un requisito copulativo que es el "rapto sin recuperación de la libertad. No debe olvidarse, sin embargo, la condición copulativa que señala la ley; esto es, que la mujer no haya recobrado su libertad."⁶⁵ Sin lugar a dudas me parece difícil probar esta circunstancia, ya que la recuperación de la libertad puede ser fingida o relativa, asimismo el regreso de la mujer a su hogar puede ser un elemento de mérito, aunque no decisivo en todos los casos, para llegar a demostrar la verdad.

d) AMENAZAS GRAVES. En este caso, el legislador se refiere exclusivamente a una fuerza moral, constituida por amenazas formuladas con el fin de que se celebre el matrimonio.

En la fuerza moral lo que existe es una amenaza, razón por la que el individuo que se siente amenazado adopta diferentes conductas y por más que las condiciones que le rodean no lo permitan dar a notar la presión ejercida

⁶⁴FUEYO LANERI, Fernando: "Derecho Civil", Tomo I, Volumen I, pag. 101

⁶⁵ FUEYO LANERI, Fernando: "Derecho Civil", Tomo I, Volumen I, pag. 101

sobre él, al manifestar la voluntad lo realiza con una actividad reflexiva. De tal manera que podemos ver que la voluntad existe pero en forma viciada.

Para que las amenazas vicien el consentimiento dentro del matrimonio deben reunir algunas condiciones:

1. Las amenazas deben ser graves capaces de infundir un temor irresistible, este requisito, tiene que medirse en términos relativos, ya que para una persona la amenaza puede ser grave, en cambio para otro no lo es, o sea que en este caso viene a influenciar el estado anímico de la persona contra quien se dirige la amenaza.

2. Las amenazas deben ser serias, o sea que si una persona ofrece hacer daño a alguien si no cumple lo que le han pedido y que de no hacerlo puede producirse, observando tanto desde el punto de la vista mercantilista, así como también desde el punto de vista internacionalista, y;

3. Las amenazas deben ser actuales, o sea que el contrayente debe estar bajo esa presión de fuerza moral en el momento de la celebración del matrimonio. A diferencia del temor que se refiere a desagradar a las personas que se les debe respeto, pero no se estima ninguna consecuencia grave.

DOLO.- El dolo dentro del matrimonio vicia el consentimiento cuando interviene en forma directa y es determinante cuando uno de los contrayentes ha empleado maniobras fraudulentas para la celebración del matrimonio, las mismas que si no se hubiesen empleado el matrimonio no se hubiera celebrado, por esta razón "el legislador ha querido poner al matrimonio al abrigo de tales peligros y sólo toma en consideración al dolo cuando induce a una de las partes del error sobre la identidad de la persona del otro contratante"⁶⁶, motivo por el cual la mayoría de tratadistas manifiestan que dentro de la institución matrimonial los vicios del consentimiento se reducen al error y a la fuerza.

⁶⁶ CLARO SOLAR, Luis: "Derecho Civil Chileno y comparado, Tomo I, pag. 295

CAPACIDAD.- De acuerdo con el Código Civil Art. 1463, "toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces", es decir, que la capacidad es la aptitud legal que tiene una persona para celebrar actos o contratos.

Existen varios tipos de capacidades, pero la que nos interesa dentro del matrimonio es la capacidad civil, que se refiere a la aptitud general que tienen las personas de adquirir derechos y contraer obligaciones dentro del derecho privado y más ampliamente en el ámbito tradicional se refiere a las relaciones jurídicas familiares, reales, contractuales, obligatorias y sucesorias.

Es así como Savigny distingue tres clases de capacidades: a) la capacidad jurídica o de derecho, como aptitud para ser sujeto de relaciones jurídicas; b) la capacidad de obrar o de hecho, poder de realizar actos con eficacia jurídica, c) capacidad civil o plena, facultad que combina las dos anteriores, en que posibilidad y efectividad se suman, quedando en consecuencia la capacidad civil para el estudio en la institución matrimonial.

De acuerdo con nuestra legislación, toda persona es legalmente capaz, mientras no se demuestre lo contrario, en el caso del matrimonio para probar la incapacidad se tiene que seguir el trámite judicial sobre la declaración de interdicción mediante sentencia judicial, en caso de que exista sentencia de interdicción, se está acreditando la incapacidad, sin que sea necesario probar la ausencia de voluntad, o aunque se pruebe que en el momento de la celebración del matrimonio se encontraba con todas las facultades normales, como ya existe sentencia de interdicción, el matrimonio por lo tanto sería nulo.

Dentro del matrimonio la incapacidad está sometida a principios especiales, estableciéndose una diferencia con los demás actos o contratos. "Los menores generalmente incapaces de los actos de la vida civil, pueden, sin embargo, celebrar matrimonio perfectamente válido. La ley sólo exige en ellos la aptitud para llenar el fin principal del matrimonio, la procreación, y el goce de

su razón"⁶⁷, quedando de esta forma la incapacidad comprendida entre los impedimentos del matrimonio.

CUMPLIMIENTO DE FORMALIDADES.- En cuanto a este tema, nuestro Código Civil en su Art. 102, se refiere al cumplimiento de las formalidades que exige la ley, y son: "1.- La comparecencia de las partes, por si o por medio de apoderado especial, ante la Autoridad competente, 2.- La constancia de carecer de impedimentos dirimentes; 3.- La expresión de libre y espontáneo consentimiento de los contrayentes; 4.- La presencia de dos testigos hábiles; y, 5.- El otorgamiento y suscripción del acta correspondiente", solemnidades que considero las más aceptables dentro del matrimonio, pero sin embargo, surgen nuevos criterios expresando que el matrimonio debe ser público, porque la publicidad impide que se celebre con impedimentos dirimentes y además la sociedad debe tener interés en prevenir uniones que la ley prohíba y por lo tanto sea motivo de nulidad.

MANIFESTACIÓN.- La manifestación de la voluntad de los contrayentes puede ser verbal o escrita, ante el Jefe de Registro Civil, del domicilio de uno de los contrayentes, debiendo expresar los nombres y apellidos, lugar y fecha de nacimiento, estado civil actual, profesión y ocupación, nombres de los padres y en caso de ser menores de edad, deberán comparecer sus representantes legales para que expresen su consentimiento. En caso de que la manifestación sea en forma verbal, deberá ser ante el Jefe de Registro Civil, quien levantará el acta la misma que será leída en alta voz e íntegramente en presencia de los testigos, en caso de que la manifestación sea escrita, para que tenga validez, deberá realizarse mediante poder especial elevado a escritura pública ante un Notario Público, para que surta los efectos legales y no ese motivo de nulidad del matrimonio.

Con la escritura de poder el que comparece a la celebración del acto es el mandatario, que comparece y expresa la voluntad de su poderdante, como es la de casarse con determinada persona. Esta clase de manifestaciones de

⁶⁷ CLARO SOLAR, Luis: "Derecho Civil Chileno y comparado, Tomo I, pag. 305

voluntad para la celebración del matrimonio casi siempre se dan en los casos de que uno de los contrayentes se encuentra fuera del país.

La manifestación tiene que expresarse ante el Jefe de Registro civil del domicilio de una de los contrayentes, es decir que, dentro de la institución matrimonial es necesario tomar muy en cuenta el domicilio o residencia, que es la intención o el ánimo de permanecer en ella.

INFORMACIÓN. - El objeto que tiene la información dentro del matrimonio, es, establecer que los interesados no tienen ninguna clase de impedimentos ni prohibiciones que no les permita a los contrayentes contraer nupcias. Esta información la dan los testigos sumariamente ante el Jefe de Registro Civil; desapareciendo los edictos y proclamas como se dio en el Derecho Canónico y que hasta la actualidad en nuestro país se produce al celebrar el matrimonio eclesiástico.

Pero en la mayoría de legislaciones se han simplificado las solemnidades, con la intención de que sea más viable la institución matrimonial civil, razón por la que, los legisladores "quisieron quitar todos aquellos trámites que no fueran rigurosamente exigidos por la necesidad de dar el acto del matrimonio la seriedad que le es propia, y suprimieron todo aquello que en la práctica no era esencialmente exigido"⁶⁸

CELEBRACIÓN. Toda vez que se han cumplido con todos los requisitos, el matrimonio puede celebrarse en forma inmediata, el lugar de celebración es la oficina de Registro Civil, teniendo el funcionario la facultad en caso de que lo hayan solicitado, celebrar el acto matrimonial en el domicilio de uno de los contrayentes, siempre que se encuentre dentro de la jurisdicción que le compete.

⁶⁸ CLARO SOLAR, Luis: "Derecho Civil Chileno y comparado, Tomo I, pag. 383

Sin embargo, existen excepciones como el caso del matrimonio in artículo mortis, que puede celebrarse ante cualquier funcionario del Registro Civil y en cualquier lugar, debiendo hacer constar en el acta matrimonial las circunstancias, como ejemplo el Capitán de un barco, un Cónsul, también tienen facultades para celebrar matrimonio.

Una vez levantada el acta y dada lectura respectiva, el funcionario, preguntará a los contrayentes si consienten en recibirse el uno al otro como marido y mujer, procediendo luego a las firmas y rúbricas, tanto de los contrayentes, testigos y funcionarios.

Observando que, para que se produzca la celebración del matrimonio, necesariamente tiene que concurrir la manifestación y la información en un momento determinado, cumpliendo con lo dispuesto por el Art. 102 del Código Civil en sus cinco numerales. Aclarando que "el acta es sólo la prueba de su existencia, no una solemnidad del acto mismo que ya queda perfecto con la declaración del Oficial del Registro Civil. De otro modo, la declaración hecha en nombre de la ley por el Oficial Civil, no tendría sentido ni importancia"⁶⁹.

4.5 LOS IMPEDIMENTOS.

El impedimento es la ausencia o falta de cualquiera de las condiciones que la ley requiera para contraer matrimonio. Desde la antigüedad y concretamente con el Derecho Canónico se produce una división de los impedimentos, apareciendo los impedimentos dirimentes y los impedimentos prohibitivos, los impedimentos dirimentes se subdividen en absolutos y relativos, que son la evolución de la sociedad se han venido dando cambios.

⁶⁹ CLARO SOLAR, Luis: "Derecho Civil Chileno y comparado, Tomo I, pag. 390

En nuestra legislación tenemos los impedimentos dirimentes que a su vez se clasifican en impedimentos dirimentes absolutos y relativos. Y los impedimentos impeditivos o simplemente conocidos como prohibiciones.

4.5.1 LOS IMPEDIMENTOS DIRIMENTES

Los impedimentos dirimentes son aquellos que no solamente se refieren a un solo obstáculo a la celebración del matrimonio, sino que hacen nulo el matrimonio en quien se encuentran cuando lo contrae, tal el caso por ejemplo de un matrimonio que se celebra antes de que se disuelva el primero.

Dentro de los impedimentos dirimentes tenemos los absolutos y relativos.

4.5.1.1 IMPEDIMENTOS DIRIMENTES ABSOLUTOS

Estos impedimentos se producen cuando una persona se coloca en la imposibilidad de celebrar matrimonio con cualquier otra persona. Dentro de estos impedimentos, en nuestra legislación tenemos en el Art. 95 del Código Civil manifiesta: "Es nulo el matrimonio contraído por las siguientes personas:

1. Los impúberes;
2. Los ligados por vínculo matrimonial no disuelto;
3. Los impotentes;
4. Los dementes; “

LA IMPUBERTAD.- "La impubertad consiste en la falta de madurez sexual que expresa en la carencia de la aptitud para procrear"⁷⁰, es decir que

⁷⁰ PARRAGUEZ, Luis: "Manual de Derecho Civil Ecuatoriano", Vol. I, pag. 198

una persona de cualquier sexo ha llegado a evolucionar lo suficiente para que pueda engendrar hijos, se lo considera púber. Cabe destacar que la evolución de las personas se da no solamente por la edad, sino que necesariamente toma en cuenta otros aspectos como el clima del lugar donde se encuentre el individuo; es decir, el medio ambiente tal es el caso de nuestro país si comparamos el desarrollo físico entre los costeños y serranos, o en todo el mundo, el desarrollo físico de la mujer es más rápido que el hombre; produciéndose un grave problema para el legislador al fijar la edad mínima.

Sin embargo la mayoría de países han evolucionado notoriamente y han dado una edad mínima de doce años a las mujeres y catorce años a los hombres, pero el Derecho Canónico ha elevado la edad de la mujer a los catorce años y a los hombres a los dieciséis años de edad, sin duda atendiendo más a la madurez moral e intelectual que a la capacidad fisiológica, ya que un joven puede ser sexualmente capaz a la temprana edad de los 12 o 14 años, pero es difícil que pueda poseer la suficiente formación para afrontar la responsabilidad de una familia.

La ley trata de coincidir entre la capacidad de los individuos con la maduración sexual, que se presume a esa edad en los casos y condiciones normales, aunque en nuestra legislación está elevada a una verdadera presunción de derecho. No solamente debemos tomar en cuenta la capacidad para procrear, si no que, también es necesario tomar en cuenta otras aptitudes dentro del orden moral de los individuos, ya que el matrimonio es una institución de mucha trascendencia. Sin embargo, el legislador ha permitido el matrimonio de los menores, pero con la respectiva autorización de sus representantes legales o de quien ejerza la patria potestad.

VINCULO MATRIMONIAL NO DISUELTO.- Se encuentra tipificado en el numeral 3 del Art. 95 del Código Civil, el matrimonio sería motivo de nulidad ya que nuestra legislación con la influencia del Derecho Canónico, rechaza la poligamia, por ser contraria a la esencia misma del matrimonio y a la moralidad de la sociedad, consagrado exclusivamente la monogamia.

En caso de que se llegare a celebrar un segundo matrimonio antes de que se disuelva el primero, se produce el delito de bigamia que es sancionado en nuestro país por el Código Penal Art. 533, produciendo este impedimento dos efectos, uno de carácter civil que opera con efecto retroactivo, volviendo las cosas a su estado anterior, principio que se aplica en la nulidad del matrimonio acelerada por el Juez Competente y el segundo efecto se refiere a la sanción penal.

Una vez que se anula el matrimonio, el segundo resulta válido, ya que el declararlo nulo al primero es como si no hubiera existido en esa unión el vínculo matrimonial, ni se ha producido efectos civiles ni penales.

LA IMPOTENCIA. La impotencia es la incapacidad que tiene el hombre para procrear y la mujer para engendrar, término que ha sido aplicado específicamente en el hombre mientras que en la mujer es conocido como esterilidad, produciéndose la unión de cuerpos solamente, sin que puedan cumplir con uno de los fines de esta institución como es la procreación.

Al estudiar la impotencia se puede observar que surgen varios tipos de impotencias. "Es natural, cuando proviene de algún defecto de la naturaleza misma y es accidental cuando resulta o no de la consecuencia de algún accidente. Es perpetua la que no puede cesar y que por lo mismo es también incurable, y temporal la que debe cesar con el tiempo o puede ser curada. Absoluta es la que existe en un individuo de un sexo respecto de todos y cada uno de los individuos del otro sexo, y relativa la que se encuentra en un hombre o mujer con relación a una mujer u hombre determinado y no con respecto a las demás mujeres u hombres"⁷¹, pero nuestra ley considera impedimento solamente a la importancia perpetua e incurable y debe ser antecedente, esto es, que haya existido el tiempo de la celebración del matrimonio.

⁷¹ CLARO SOLAR, Luis: "Derecho Civil Chileno y comparado, Tomo I, pag. 311

En caso de que la impotencia aparezca después del acto matrimonial, no es motivo de disolución ya que el único fin no es solamente la procreación, sino que el matrimonio se da con el objeto de vivir juntos para toda la vida y con el fin de ayudarse mutuamente.

LA DEMENCIA.- La demencia dentro de nuestra legislación abarca quizá a todas las enfermedades mentales capaces de privar el uso correcto de la razón, pudiendo ser permanente o transitorias, siempre que esta se produzca en el momento de la celebración del matrimonio. Esta carencia de voluntad en el contrayente en relación al estado de salud mental, lleva al legislador a no valorar los actos realizados por los dementes, siendo motivo de nulidad.

Esta enfermedad consiste "en la privación del uso de las facultades mentales, privación que solo autoriza la intermediación cuando es habitual. Por el contrario, para ciertos efectos legales puede estimarse como demente a una persona que esté actualmente en el pleno goce de su inteligencia, si hubiera sido declarada y se hallare en interdicción por demanda"⁷². Puede ser habitual, pero puede asimismo el individuo tener intervalos lúcidos; de acuerdo con la ley, para que se produzca la interdicción de un demente tiene que seguir el trámite ante la Autoridad Competente, quien la declarara interdicto, privándola de la administración de sus bienes, para lo cual se nombrara un curador, es decir, un representante legal para que pueda intervenir en actos y contratos a su nombre y presentación, con la obligación de presentar un inventario y rendir cuentas ante la autoridad respectiva.

Dentro de este campo se ha incluido a la ebriedad, ya que es evidente que un ebrio, no puede actuar normalmente, no puede tampoco expresar su consentimiento con claridad, por lo que este matrimonio sería motivo de nulidad incluyéndoles dentro de esto el impedimento también a los sordos mudos.

⁷² CLARO SOLAR, Luis: "Derecho Civil Chileno y comparado, Tomo I, pag. 311

4.5.1.2 IMPEDIMENTOS DIRIMENTE RELATIVOS

Los impedimentos dirimentes relativos no permiten la celebración del matrimonio con personas determinadas y se encuentran enmarcadas en el en el Código Civil Art. 95 numerales.

1.- El cónyuge sobreviviente con el autor o cómplice del delito del homicidio o asesinato del marido o mujer;

2.- Los parientes por consanguinidad en línea recta.

3.- Los parientes colaterales en segundo grado civil de consanguinidad y
9.- Los parientes en primer grado civil de afinidad

EL HOMICIDIO O ASESINATO DEL CÓNYUGE.- Este impedimento dentro de nuestra ley, surte dos efectos, afecta al asesino, así como también el cómplice del asesinato, extendiéndose tanto al hombre como a la mujer, diferenciándose de las legislaciones antiguas en donde solamente se castigaba a las mujeres.

Para que surta efecto este impedimento, debe existir sentencia condenatoria debidamente ejecutoriada; por homicidio en el que se ha participado como autor o cómplice. Dentro de nuestro derecho este delito es sancionado por el Código Penal Art. 450.

En caso de que se produzca el indulto, en el campo civil sigue subsistiendo el impedimento, ya que nuestra ley es rígida en materia de impedimento y por lo tanto, no admite dispensas para la celebración del matrimonio eclesiástico.

EL PARENTESCO.- El parentesco, es una prohibición que ha sido tomada del Derecho Canónico en contra de la promiscuidad sexual. Las relaciones sexuales entre pariente próximos ha sido causa de reprobación ya que consideran que es esta violando una ley natural fundamentalmente

gravada en la conciencia humana. Sintetizándola con la obra literaria de Edipto Reym fundado la prohibición en línea directa y hasta tercer grado en línea colateral, para luego con la Revolución Francesa obtener el impedimento en línea directa y colateral hasta el segundo grado.

Para que se tome en cuenta este impedimento existe varias razones como las de carácter fisiológico, en donde se ha comprobado que en la unión de parientes frecuentemente existe nacimientos de niños que no viven, o adolecen de graves defectos fisiológicos y mentales, tales como la sordera, la epilepsia e incluso la demencia; y otra razón seria de carácter moral ya que las personas que vivan en un mismo hogar no pueden contraer matrimonio debido a que su celebración podría producir muchos desordenes dentro de la organización familiar y por ende en la sociedad, de ahí que es aplicado únicamente a los afines y a los parientes por adopción.

4.5.2. IMPEDIMENTOS IMPEDIENTES O PROHIBITIVOS.-

Los impedimentos impidentes o prohibiciones, hacen ilícito el matrimonio, pero dicha ilicitud no produce la nulidad. No son verdaderos obstáculos para la celebración del matrimonio, sino que más bien las trabas se producen por conveniencias que se entienden fácilmente en cada caso, por lo que dan lugar a sanciones de carácter patrimonial específicamente y son:

- a) Consentimiento de ciertas personas para contraer matrimonio;
- b) Las guardas
- c) Las segundas nupcias.

LA PROHIBICIÓN DE UN MENOR DE EDAD.- De acuerdo con el Art. 82 del Código Civil, se prohíbe el matrimonio de las personas que deben obtener el consentimiento de otras para la celebración del acto, es por eso que en nuestro país los menores de 18 años si desean contraer matrimonio, como el caso de los púberes, deben tener el consentimiento respectivo de quien ejerza

la patria potestad, esto es del representante legal, mientras que los impúberes en forma absoluta se encuentran impedidos.

Sin embargo, existe una clasificación en cuanto nos referimos a los menores púberes, esto es, que la ley distingue entre los menores de 18 años y mayores de 16 y los impúberes a los menores de 16 años de edad. Además el consentimiento debe ser verbal o escrito, como por ejemplo en el caso de un poder, mediante escritura pública, que es un instrumento público, en el cual se determina el nombre de la persona con quien va a casarse el menor, debiendo quedar constancia del mandato de autorización en la inscripción del matrimonio, e incluso. El que ejerce la patria potestad es el padre y en caso de que no exista el padre, corresponde a la madre y a falta de estos a los ascendientes más próximos, conforme los dispone el Art. 84 del Código Civil.

En caso de que llegaran a faltar las personas anteriormente citadas, el Art. 89 del mismo cuerpo de leyes se refiere al nombramiento de un curador general, quien será el representante legal del menor y el responsable de la administración de los bienes. Pudiendo darse el nombramiento de tutor especial, por uno de los Jueces de lo Civil Competente, observando simplemente que el tutor o curador no es más que un agente de ejecución y de administración.

Asimismo, como se produce el disenso, existen posibilidades para que se niegue o se revoque dichas autorizaciones, así como lo determina el Art. 87 del Código Civil, manifiesta que, "si la persona que debe prestar este consentimiento lo negare, aunque sea sin expresar causa alguna, no podrá procederse al matrimonio de los menores de diez y seis años. Pero los mayores de esta edad tendrán derecho a que se exprese la causa del disenso, y se califique ante el Juez competente".

Sin embargo nuestra ley permite el matrimonio de menor que ha cumplido los 16 años, por lo tanto este acto es válido, aunque no se haya obtenido autorización respectiva, pero los cargos irían en contra del funcionario

quien celebró el matrimonio y la sanción sería la destitución en el caso que se realice el matrimonio de un menor de 18 años y mayor de 16 años.

Al referirse al matrimonio de un menor de 16 años, el Art. 89 del Código señala que, en caso de que el menor no comparezca con el disenso, la sanción en este caso será la nulidad del matrimonio, observando que estamos frente a un impedimento dirimente pero con características especiales y no un impedimento impediente. De la misma forma también en este caso existen responsabilidades penales.

PROHIBICIÓN DE GUARDAS.- Al referirse a esta prohibición, el Art. 90 del Código Civil se refiere exclusivamente a las guardas y manifiesta:

"Mientras que una mujer no hubiera cumplido dieciocho años, no será lícito al tutor o curador que haya administrado o administra sus bienes casarse con ella, sin que la cuenta de la administración haya sido aprobada por el juez, con audiencia del Ministerio Público. Igual inhabilidad se extiende a los descendientes del tutor o curador, para el matrimonio con el pupilo o pupila. El matrimonio celebrado en contravención a esta disposición se sujetará al tutor o curador que lo haya contraído o permitido a la pérdida de toda remuneración que por su cargo le corresponda, sin perjuicio de las otras que las leyes lo impongan. No habrá lugar a las disposiciones de este artículo si el matrimonio es autorizado por el ascendiente o ascendientes cuyo consentimiento fuere necesario para contraerlo"

Esta disposición trata en forma particular de la administración de bienes del menor de edad por parte del tutor o curador. Este impedimento trata en evitar un matrimonio cuyo motivo principal sea olvidarse de rendir las cuentas que le corresponda presentar el guardador; por lo tanto no es legal que si un menor no cumple la mayoría de edad se case con su tutor o curador que se encuentre administrando los bienes, o se case el hijo de ésta con el menor, por lo que antes de la ceremonia deberá presentar las cuentas ante el funcionario competente, caso contrario perderá el derecho de reclamar su remuneración, pudiendo ser sancionado hasta penalmente. Es decir que esta prohibición tiene

por objeto, evitar que se le perjudique a la menor de edad, o sea que se precautela los intereses especialmente la mujer menor de edad. Cabe anotar que también puede existir excepciones y se puede producir la celebración del matrimonio con el curador o guardador, pero antes cabe rendir cuentas ante el Ministerio.

SEGUNDAS Y ULTERIORES NUPCIAS.- Sobre este tema la ley no prohíbe ni al hombre ni a la mujer contraer matrimonio por segunda vez, en estado de viudez o divorcio, pero lo que si exige es que se cumplan ciertas formalidades.

El impedimento en referencia trata de precautelar los bienes de los hijos menores que se han quedado huérfanos, ya sea del padre o de la madre, es así como el Art. 131 del Código Civil manifiesta "El viudo o la viuda que, teniendo hijos precedente matrimonio bajo su patria potestad, o bajo su curaduría, quisiere volver a casarse deberá proceder al inventario solemne de los bienes que está administrando y les pertenezca como a herederos de su cónyuge difunto o por cualquier otro título. Para la formación de este inventario se encarga a dichos hijos un curador especial", artículo que no permite la confusión de patrimonios entre el primer matrimonio con el segundo, así como tampoco dejaría aparte la investigación de la paternidad, en caso de que la viuda haya quedado embarazada.

Cuando un hombre ha quedado viudo y bajo su cuidado y protección quedan hijos menores de edad, para que pueda contraer nuevas nupcias tiene la obligación de presentar un inventario de los bienes que administra y que corresponde a los menores; por lo que en el caso de contraer un nuevo matrimonio deberá pedir que se nombre un curador para que administre los bienes de los menores en caso de ser necesario. En caso de que no hay existido procreación no es importante la presentación de un inventario, sino que deberá presentar una información sumaria justificando sobre la inexistencia de hijos en el primer matrimonio. De la misma forma se procederá en el caso de que existan hijos emancipados, como también se dará el mismo trámite en el caso de adopción.

En el caso de la mujer por disolución del matrimonio o por estado de viudez, no le permite la ley contraer matrimonio inmediatamente, ya que de acuerdo con la ley tiene que esperar por lo menos un año, previniendo de esta manera el nacimiento de un niño para determinar la paternidad.

4.6. CAUSAS DE TERMINACIÓN DEL MATRIMONIO

Debiendo aclarar que no es el hecho de no poder contraer nuevo matrimonio.

El matrimonio se termina por:

1. La muerte de uno de los cónyuges. Entendiéndose a la muerte real, esto es, la no presunta.
2. Sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio. Entendiéndose que es insubsanable, en razón de ser una nulidad absoluta y no relativa, por falta de cumplimiento de los requisitos de validez y existencia que ya dejamos detallados, decretada por el Juez competente. Debiendo aclarar que implica tanto a los matrimonios contraídos en el Ecuador, cuanto a los realizados fuera de él.

Las causales de nulidad son:

- a) La existencia de uno o más de los impedimentos dirimentes (impubertad, demencia, matrimonio anterior no disuelto, homicidio, adulterio, parentesco).
- b) Existencia de algún vicio del consentimiento, como son el error de identidad de la persona, rapto de la mujer (nuestra ley se refiere únicamente a la mujer), enfermedad mental y amenazas.
- c) Existencia de algunos impedimentos como el matrimonio del púber menor de 16 años, el nuevo matrimonio del divorciado-a, antes del año, el matrimonio del sordomudo que no puede darse a entender por escrito.

3. Sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido. Es decir, que no se trata de la posesión provisional, en otros términos vale decir, declara la muerte real y no presunta.

4. Por divorcio.

En cuanto a las clases de divorcio, sus causales, los requisitos, definiciones, procedimiento judicial y notarial, los efectos, las limitaciones al procedimiento notarial, entre otros aspectos referentes al divorcio, tanto consensual o por mutuo consentimiento, cuanto del contencioso y por causal, trataremos con más solidez, en los próximos capítulos.

Al término del trabajo y al estudiar la parte legal donde comienza esa institución que es la familia base de la sociedad y pudiendo conocer las diferentes posturas frente a una noticia de actualidad que es la modificación a través del proyecto de ley que establece la nueva ley del matrimonio civil, tanto la postura de la iglesia y de otros entendidos, surge una nueva visión u opinión sobre la aceptación del divorcio, considerando los efectos sociales que pueden traer como consecuencia la disolución de las familias.

Pudiendo ser la causa de los problemas sociales, tales como la drogadicción, delincuencia, violencia, deserción escolar que mantiene el círculo de la pobreza, etc. No sería más correcto crear las herramientas que sirvan para fortalecer la estabilidad matrimonial y proteger a la sociedad de los males que el divorcio conlleva.

Se podría mencionar que el matrimonio es una decisión libre que la pareja toma, de manera que es la opción que mejor demuestra la capacidad que el

hombre tiene para decidir un compromiso que se extiende para toda la vida. De esta manera, es capaz de proyectar su futuro y mantener lealtades esenciales.

Se debe hacer notar la importancia que la familia tiene en el desarrollo humano. Lo necesario y saludable es la presencia de ambos padres en los distintos ámbitos de la vida de los hijos, los que deben estar bajo la protección de personas responsables que conduzcan adecuadamente el crecimiento mental y moral.

La familia es el lugar donde se aprenden los valores que animan (o destruyen) una sociedad. Y ésta sólo se logra en el marco de una familia basada en el matrimonio estable, unido en un vínculo indisoluble. De lo contrario en el camino se cambia a los hijos las reglas del juego, ya que al nacer dentro del matrimonio la ley les garantiza una estabilidad en la relación.

CAPITULO V

EL DIVORCIO

5.1 ORÍGENES Y EVOLUCIÓN HISTÓRICOS DEL DIVORCIO

El repudio es la manera más antigua de divorcio. El Código de Hammurabi permitía el repudio a cargo de la mujer; el Código de Manú permitía que la mujer estéril fuera reemplazada al cabo de ocho años de convivencia, cuando la mujer bebía licores, se portaba mal, se enfermaba o era pródiga. Dice la misma ley, o aquélla a la que se le hubieren muerto todos sus hijos en la menor edad, o que no hubiera engendrado más que mujeres, estaba sometida a la repudiación.

Frente a la temática propuesta en el presente numeral, debe hacerse referencia a lo expuesto por el pensador e historiador francés Francois Marie Arouet, más conocido como Voltaire, quien respecto de los antecedentes históricos de la institución jurídica en análisis, manifiesta que “.. el divorcio es tan viejo como el matrimonio, aunque yo creo que el matrimonio es un par de semanas más antiguo”, a lo cual, puede comentarse que cualquier persona es capaz de deducir dicha idea por si misma, ya que el ingenio e instinto del ser humano frente a la necesidad de superar una dificultad determinada, configura la facultad de encontrar una solución propicia para el inconveniente de que se trate.

Tomando como punto de partida esta breve alusión al tema del divorcio y sus antecedentes históricos, se debe hacer hincapié en el hecho de que los registros de formas análogas al divorcio como se lo concibe en la actualidad, son tan antiguos como la formación misma de la sociedad humana.

Sin embargo de los planteamiento efectuados en el párrafo que antecede, es válido señalar que registros escritos sobre este tipo de prácticas

se remontan a apenas unos cuatro mil años de antigüedad, hecho que se ve regentado de manera básica por la relativamente nueva invención de la escritura.

En este sentido, es necesario hacer referencia a diversos postulados generados ya en la época en que se desarrolla el período tratado por el antiguo testamento, en donde la Ley de Moisés, por ejemplo, confería a los hombres la capacidad de repudiar a las mujeres, circunstancia que puede ser fácilmente analogada con la actual figura del divorcio.

Cabe manifestar, que este tipo de derechos constituían, una atribución exclusiva del género masculino, sin embargo de lo cual, cuando una persona hacía uso de esta garantía legal o beneficio por llamarlo de alguna manera, se veía sometido a la imposición de un gravamen de carácter económico que debía pagar al padre de la mujer repudiada⁷³

En su caso, podía originarse el derecho de repudiación en la mujer, si su cónyuge no conservase la virtud de la vida matrimonial.

En Babilonia, en la antigua Persia, en China y Japón se practicó el repudio.

En el Derecho de la India, según las leyes de Manú, se congregaban otras causas de divorcio, como son: la incompatibilidad de caracteres, enfermedad incurable, etc.

En Babilonia existe el repudio y la esterilidad de la mujer, como causas de divorcio. La esterilidad de la mujer después de nueve años de casada, permitía al marido casarse con otra mujer, a más de la primera.

La antigua China conocía el repudio, la esterilidad, la impudicia, la falta de consideración y respeto debido a los suegros, la charlatanería, el robo, el mal carácter y la enfermedad incurable. En el Derecho Hebreo existía la repudiación.

⁷³ GARCIA Patrocinio Derecho Matrimonial y matrimonio de musulmanes en Marruecos, editorial CSIC, 5ª edición pág. 126.

La ley bíblica no hace referencia a una institución que constituye típicamente el divorcio. Para la Biblia no existe más que una repudiación; el divorcio surge de las leyes del Talmud, que fue el creador del auténtico divorcio, como lo conocemos en la ley israelita y como ha pasado al Derecho Positivo moderno.

Las causas de divorcio fueron la esterilidad y el adulterio.

En el Derecho Canónico, la Iglesia católica mantuvo siempre el sistema de la indisolubilidad del vínculo matrimonial, como un medio eficaz, para dar una organización firme a la familia legítima.

El Concilio de Trento estableció definitivamente la indisolubilidad del vínculo matrimonial desde el punto de vista de la iglesia católica, apostólica y romana.

El Código de Derecho Canónico no menciona siquiera la palabra divorcio: el Capítulo X del Título VII, del libro tercero, se trata "de la separación de los cónyuges", ahí se trata de la disolución el vínculo, o sea, el antiguo divorcio pleno o perfecto y de la separación del lecho, mesa y habitación.

La disolución del vínculo. El matrimonio rato y consumado de bautizados no puede ser disuelto por ningún poder humano y por ninguna causa, excepto por la muerte. El canon 1615 dispone que: "el matrimonio válido de los cristianos se llama Rato si todavía no ha sido consumado, Rato y Consumado, si entre los cónyuges ha tenido lugar el acto conyugal, al que por su misma naturaleza se ordena el contrato matrimonial, y por el que los cónyuges se hacen una sola carne.

La unidad y la indisolubilidad son propiedades esenciales del matrimonio, así lo señala el canon. El canon 1119 admite los diversos casos de disolución de matrimonio no consumado entre dos bautizados o entre un bautizado y un no bautizado, los que se reducen a dos situaciones:

1º Tanto por disposición del Derecho en virtud de la profesión religiosa solemne.

2° Como por dispensa concedida por la Sede Apostólica con causa justa, a ruego de ambas partes, o de una de ellas, aunque la otra se oponga.

Las causas para la anulación del matrimonio Rato, son, entre otras:

1° La impotencia posterior al casamiento.

2° El odio implacable de los cónyuges.

3° Cualquier enfermedad que haga imposible el uso del matrimonio.

4° El peligro de perversión y

5° El divorcio civil obtenido por la otra parte.

El matrimonio legítimo entre personas no bautizadas, ya sea rato, ya haya sido consumado, se disuelve en favor de la fe por el Privilegio Paulino; dicho privilegio consiste en que si uno de los cónyuges infieles se bautiza y el otro permanece en la infidelidad de tal modo que, hechas las interpelaciones debidas, ni quisiera convertirse ni cohabitar con el convertido pacíficamente, o sea, sin injuria del Creador y sin desprecio de la Religión Cristiana, o si se obstinara en pervertir a la parte fiel; y por el mismo hecho de celebrarse el nuevo matrimonio se disuelve el primero, contraído válidamente en la infidelidad, hubiese o no matrimonio consumado.

La separación del lecho, mesa y habitación es una separación perpetua. Conforme al Código de Derecho Canónico, la única causa admitida para la separación perpetua de los cónyuges es el adulterio de uno de ellos, no siendo por adulterio jamás puede decretarse la separación perpetua, sino tan sólo la temporal, la cual puede concederse por un plazo de tiempo determinado o por un tiempo indefinido, mientras subsista la causa de separación.

Grecia admitió el divorcio por parte del marido y por medio de la mera devolución o abandono de la mujer; pero ésta, si era abandonada sin razón, podía reclamar que se le restituyera la dote o que se le pagasen los intereses y sus alimentos. También la mujer podía pedir el divorcio ante el arconte. El

adulterio se castigaba (en Tenedos) con la muerte. El adúltero sorprendido infraganti podía ser muerto por el marido conforme a las leyes áticas.

Una ley de Solón, en Atenas, daba a la mujer como al marido el derecho e repudiar a su cónyuge, entre las causas se encuentra la esterilidad y el adulterio, este último sólo se consideraba adulterio cometido por, o con mujer casada.

En Roma, el divorcio se consideraba como una de las formas que permitían disolver el matrimonio.

La mujer, sometida cae siempre a la MANUS del marido, era como una hija bajo autoridad paterna, reduciéndose a un derecho de repudiación la facultad de divorciar en estas uniones, que solo el marido podía ejecutar y siendo causa grave. Fue solamente en los matrimonios sin MANUS donde en esta materia tenían los dos esposos los derechos iguales. Hacia el fin de la República el derecho de divorciarse correspondía a ambos cónyuges.

El divorcio podía efectuarse de dos maneras:

a) BONA GRATIA, es decir, por mutua voluntad, el desacuerdo disuelve lo que el consentimiento había unido.

b) POR REPUDIACIÓN, es decir por la voluntad de uno de los consortes, aunque sea sin causa.

Durante el régimen justiniano existían cuatro formas de divorcio:

a) DIVORTIUM EX JUSTA CAUSA, esto es, motivado por una culpa de la otra parte, en cuanto reconocida por la ley.

b) DIVORTIUM SIN CAUSA.

DIVORTIUM BONA GRATIA, o fundado en una causa, no proveniente de culpa del otro cónyuge, impotencia incurable, voto de castidad y cautividad de guerra.

Francia. El derecho francés antiguo, permaneció ajeno a la existencia del divorcio. La figura del divorcio surge a merced de la otra revolucionaria. La ley de 20 de septiembre de 1792, no solo admite el divorcio en atención a motivos concretos, sino que también en virtud del mutuo DISENSO, inclusive por incompatibilidad de caracteres.

El Código de 1804 regula igualmente el divorcio reduce el número de causas, suprime el divorcio por incompatibilidad de carácter, se conserva el mutuo disenso y pone ciertas trabas para conseguirlos.

En 1816 se suprimió el divorcio contra el que se había pronunciado la Iglesia Católica y a partir de 1884 se restauró el divorcio.

El divorcio en el Derecho Moderno. Recientemente -1976- varias legislaciones rechazaban en absoluto el divorcio vincular, es el caso de España, Irlanda, Argentina, Colombia, Brasil, Chile, Paraguay y los Estados del Vaticano, San Marino y Andorra, las provincias de Quebec y New Foundland, en Canadá y Filipinas.

En la actualidad se han incorporado a la tendencia divorcista algunos de los anteriores países, en el caso de España que adoptó el divorcio vincular, a partir de la Ley del 7 de julio de 1981 y el Código Civil lo reglamenta a partir del artículo 85; Argentina también incorporó a su legislación el divorcio vincular y de ello se ocupan los artículos 203, 204, 205 y siguientes del Código Civil Argentino.

5.2 ETIMOLOGÍA Y CONCEPTO DE DIVORCIO

Etimológicamente viene de la voz latina DIVORTIUM, esto es, se deja en claro el hecho que después de haber recorrido unidos los dos cónyuges un trecho se alejan por diferentes caminos, (divertuntur, esto es irse cada uno por su lado).

También se dice que divorcio viene del latín DIVERTERE, que quiere decir cada uno por su lado, para no volverse a juntar. Divortium en cambio como queda dicho significa separación.

Guillermo Cabanellas de Torres, en su diccionario, define como: "Del latín divortium, del verbo divertere, separarse, irse cada uno por su lado. Puede definirse como la ruptura de un matrimonio válido viviendo ambos esposos" ⁷⁴.

Por lo tanto y para completar la definición anterior se puede decir que para que exista un divorcio debe existir una convivencia de pareja.

Según el tratadista Juan Larrea Holguín, "Por divorcio en general se entiende la separación de los cónyuges, la cesación temporal o definitiva de la vida en común"⁷⁵.

Por lo tanto se da por terminada la convivencia de la pareja bajo el mismo techo y así mismo las actividades y acciones que dentro de estos límites se puedan definir.

Para el Doctor Luis Parraguez Ruiz, el divorcio es: "La ruptura de un hombre y una mujer, producida por una causa legal, por sentencia judicial y que disuelve completamente las relaciones matrimoniales o suspende los efectos en lo que se refiere a la cohabitación de la pareja"⁷⁶.

Por lo tanto toda relación que se termina en un juzgado con sentencia de divorcio debe tomar en cuenta que disuelve todo efecto, acción y reacción dentro de él.

⁷⁴ CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario Jurídico, Tomo 1, pag. 731

⁷⁵ LARREA, Juan, Derecho Civil del Ecuador, Tomo II, Corporación de Estudios y publicaciones, Quito-Ecuador, 1.985, pag 47

⁷⁶ PARRAGUEZ, Luís, Manual de Derecho Civil Ecuatoriano, Volumen 1 -- personas y Familia, Tercera Edición, página 150, Loja-Ecuador, 1.996.

Manuel Somarriva Unduraga, "El divorcio supone la disolución del vínculo matrimonial y habilita a los cónyuges divorciados para volverse a casar"⁷⁷.

Determina también que al dar por terminada toda relación con un aspecto legal, los miembros de la sociedad matrimonial disuelta quedan libres y en posibilidad de contraer una nueva unión.

El Dr. Ernesto Ruiz Arturo, dice "El divorcio podemos definirlo diciendo que es la disolución del vínculo matrimonial viviendo los cónyuges, a consecuencia de una decisión judicial dictada a la demanda presentada por los dos cónyuges, o por uno de ellos, de acuerdo con las causas establecidas por la Ley"⁷⁸.

Con lo que se corrobora todo lo antes expuesto, poniendo en claro que esta disolución no sólo puede ser de mutuo acuerdo sino también por demanda ya que existe causales que deben ser resueltos en un juzgado que involucran mayor tiempo y contratiempos pero que al final denotan una separación legal.

En este sentido, es factible señalar que tanto en el ámbito legislativo por medio de la expedición de normas, así como también las diferentes corrientes doctrinarias, que versan sobre Derecho de Familia, han proporcionado diversas conceptualizaciones, caracterizadas en la gran mayoría de los casos, por asumir el tema del divorcio en torno a parámetros más o menos similares.

Con la finalidad de establecer un marco conceptual adecuado a los requerimientos de la presente investigación y de viabilizar la comprensión

⁷⁷ SOMARRIVA, Manuel, Derecho de Familia, Tomo I, pagina 109, Ediar Editores Ltda., 1.988, Chile.

⁷⁸ RUIZ, Ernesto, Lecciones de Derecho Civil, Primera Edición, página 60, Nueva Editorial de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1.986.

integral del tema propuesto, se cita a los autores y legisladores más compatibles con las necesidades de este trabajo.

Al efecto , la tratadista Alfonsina Camacho plantea una definición bastante corta, pero precisa de lo que constituye el divorcio, refiriéndose al mismo como “..la ruptura en vida de los esposos, del vínculo matrimonial mediante sentencia declarada judicialmente..”

En el mismo sentido se pronuncia el jurista Luis Felipe Rangel cuando plantea que el divorcio “... es la situación que se produce cuando una sentencia judicial declara la disolución del vínculo matrimonial inicialmente válido”.

Así mismo, se ha llegado a plantear que el divorcio es “... la anulación del vínculo matrimonial de modo que los cónyuges quedan libres para volver a contraer nuevo matrimonio. “

Como ya fue manifestado anteriormente, los planteamientos doctrinarios que conceptualizan la noción de divorcio son muy variados pero similares entre sí, hecho que puede ser homologado también a la legislación de diversos países en la región, tal es el caso del Código Civil de Perú, en donde se establece que divorcio es “ la disolución del vínculo matrimonial que se obtiene por sentencia judicial y sobre la base de las causas determinadas por la Ley”.

Para el caso de la legislación ecuatoriana, se ha establecido como implicación jurídica del perfeccionamiento del divorcio, que este.. “disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código”

De lo expuesto en cuanto se refiere a las legislaciones citadas, puede apreciarse que resultan casi una copia exacta una de la otra, hecho que pone

de manifiesto por lo tanto, el acuerdo que existe tanto en el campo doctrinario y académico, como en el campo legislativo respecto de la comprensión y consecuente definición del divorcio.

5.3 EL DIVORCIO EN LA LEGISLACION ECUATORIANA

Como ya fue referido anteriormente, el divorcio constituye una de las circunstancias por las cuales se pone fin o se da por terminado el matrimonio y por su importancia para la naturaleza de la presente investigación, requiere ser analizada en torno a las directrices legales que se establecen en el Código Civil vigente hoy en día en el Ecuador.

En este sentido, la legislación referida en el párrafo que antecede establece los lineamiento jurídicos que estructuran su institucionalidad y vigencia en el régimen legislativo del país.

A tal efecto, el artículo 106 del Código Civil ecuatoriano, señala los efectos producidos por el perfeccionamiento del divorcio, entre los cuales se destacan la disolución del vínculo matrimonial, la aptitud de los cónyuges para contraer nuevas nupcias en torno a ciertas limitaciones, etcétera.

Desde la perspectiva jurídica, es factible señalar que en la legislación nacional se han configurado dos tipos de divorcios, por una parte, el divorcio que se lleva a cabo por el consentimiento de las partes y el divorcio efectuado mediante vía judicial, en donde se plantea la existencia de una de las causales que son enumeradas en el texto de la normativa analizada.

La introducción de la figura del divorcio en nuestro país, supuso una decisión jurídica de extraordinario alcance legal, probablemente la cuestión más debatida y trascendental en nuestro vivir jurídico, más aún si se considera la época que esta institución se introdujo en el Ecuador, época en la que influía totalmente en todo el convivir diario nacional, la iglesia católica, apostólica y

romana; la que promulgaba como uno de sus principios la indisolubilidad del matrimonio.

De la misma manera es importante indicar lo que ahora dispone el nuevo Código Orgánico de la Función Judicial que se promulgó el 9 de marzo del 2009, en sus Artículos 233 que trata sobre la competencia de las juezas y jueces de familia, mujer, niñez y adolescencia; y el artículo 234 donde se indica las atribuciones y deberes de las juezas y jueces de la familia, mujer y adolescencia, quienes conocerán y resolverán, en primera instancia, las siguientes causas: numeral 1. Sobre las materias del Código Civil comprendidas desde el título del Matrimonio hasta la correspondiente a la Remoción de Tutores y Curadores, inclusive, así como las materias comprendidas en el Libro Tercero de dicho código, sin perjuicio de las atribuciones que en estas materias posean también los notarios y notarias.

En el año de 1895 se estableció por primera vez el matrimonio civil, en el año de 1902 se admitió el divorcio por adulterio de la mujer, en el año de 1907 se destacaron otras tres causales, para el divorcio, esto es: adulterio de la mujer, concubinato del marido y atentado de uno de los esposos contra la vida del otro.

Con fecha 30 de septiembre de 1910 se introdujo el divorcio por mutuo consentimiento, Así desde el 3 de octubre de 1902 existieron coetáneamente el divorcio pleno o perfecto y el semipleno o imperfecto, esto es aquel con disolución del vínculo y el otro que consistía en ruptura de las relaciones conyugales con mantenimiento del vínculo, pero en 1935 se suprimió el divorcio semipleno o imperfecto y solo quedó el divorcio pleno o perfecto y se agrega como causal, la separación con ruptura de relaciones conyugales por un periodo superior a tres años (abandono).

En el año de 1958 aparece en el Código Civil de este entonces, la separación conyugal judicialmente autorizada, como una especie de divorcio

desvincular o separación de cuerpos, introduciéndose en nuestra legislación desde ese entonces.

Al respecto el ilustre jurista Luis Felipe Borja, citado por el Dr. Juan García, quien también lo transcribió, anota lo siguiente. "Las legislaciones que aceptan el divorcio, se fundan en la doctrina de eminentes publicistas y jurisconsultos, los cuales demuestran que en casos muy graves, el vínculo del matrimonio queda disueltos y que entonces la continuación de la vida conyugal exige un esfuerzo muy heroico, que no está a los alcances de la naturaleza humana"⁷⁹.

Por lo que se determina que el Legislador ecuatoriano nunca debe perder de vista, el gran principio de que las leyes se expiden para los hombres, esto es: seres imperfectos, sujetos a las pasiones, condenados casi siempre en todo sentido a la medida y que muy pocos puedan llegar a la cima del perfeccionismo.

La Ley 43, promulgada en el Registro Oficial 256 del 18 de agosto de 1989, pretende perfeccionar la igualdad de los cónyuges, y en algunos puntos lo consigue, en cuanto declara la igualdad de derechos y obligaciones de los cónyuges, la posibilidad de aquellos que elijan de común acuerdo su domicilio, pues debe recordarse que antes de dichas reformas el marido podía obligar a la mujer a seguirle a donde el tuviere a bien radicarse.

Con la Ley No. 88 publicada en el registro Oficial 492 de fecha 2 de Agosto de 1990, se reformó la causal de divorcio 11ava, determinando como nuevo tiempo necesario de abandono para que cualquiera de los cónyuges, incluso el culpable, pueda plantear el divorcio en un mínimo de tres años, y en un año para quien ha sufrido el abandono es decir el cónyuge inocente.

⁷⁹ GARCÍA, Juan, en su obra 'Manual de Práctica Procesal Civil' Pág. 49

Nuestro Código Civil en su codificación actual, en su Art. 106 define al divorcio de la siguiente manera: "El divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud para contraer nuevo matrimonio, salvo las limitaciones establecidas en este Código. De igual manera, no podrá contraer matrimonio, dentro del año siguiente a la fecha en que se ejecutorio la sentencia, quien fue actor en el juicio de divorcio; si el fallo se produjo en rebeldía del demandado. Estas prohibiciones no se extienden al caso en que el nuevo matrimonio se efectuó con el último cónyuge."

5.4.CARACTERISTICAS DE LA ACCION DE DIVORICIO

Dentro de las características de la acción de divorcio puedo señalar:

a) En primer lugar, esta es personalísima, lo que quiere decir que sólo la pueden pedir los cónyuges, y en el caso del divorcio por causales, únicamente el cónyuge inocente, o sea aquel que se creyera perjudicado por haber el otro cónyuge incurrido en una o más causales de las enunciadas en el Art. 109 del Código Civil.

b) La acción de divorcio es irrenunciable, en razón de que lo contrario constituiría poner en juego al estado civil de las personas.

c) La acción de divorcio es prescriptible, por disposición legal expresa, constante en el Art. 124 del Código Civil. Dicha norma señala que la acción en un año contado de acuerdo a cual sea la causa que se alegue para presentar la acción. Por las causales 1), 5) y 7) el año se contará desde que el cónyuge perjudicado tuvo conocimiento de la causa que se trate. En lo referente a la segunda causa, desde que se realizó el hecho. En cuanto a los numerales 3), 4) 8) y 9), desde que cesó el hecho constitutivo de las causas y en lo referente a los numerales 6) y 10) desde que se ejecutorio la sentencia respectiva.

La acción de divorcio por excepción es imprescindible, en el caso de la causal décimo primera.

d) La acción de divorcio se extingue por la muerte de uno de los dos cónyuges, cualquiera que sea el estado del juicio, como lo establece el Art. 127 del Código Civil.

e) La acción de divorcio por ruptura de relaciones conyugales se extingue por la reconciliación de los cónyuges, conforme el Art. 125 del Código de la materia.

Dicha reconciliación deberá expresarse por escrito dentro del proceso, además que deberá existir la voluntad de ambos cónyuges, especialmente el ofendido por la conducta del otro, de reiniciar su vida conyugal.

La reconciliación, desde el punto de vista jurídico, produce varios efectos, entre los que cabe mencionar:

- Si se produce antes del juicio, entonces se extinguirá la acción;
- Si se produce durante el trámite, deberá ser escrita para que extinga la acción como ya señalé o en su defecto se dejará de actuar en el juicio, el cual se archivará una vez transcurrido los plazos de los Arts. 395 y 397 del Código de Procedimiento Civil, declarándose abandonada las instancias.
- Si es después de dictada la sentencia, pero antes de su inscripción en el Registro Civil, al igual que en el caso anterior, vuelven a nacer los vínculos matrimoniales, renaciendo los derechos sucesorios, reconstituyéndose la patria potestad de ambos padres sobre los hijos comunes menores de edad y cesando los alimentos que se ordenó pagar.

f) El divorcio requiere de un juicio y por tal se ejercita por medio de una acción civil, con principio de solemnidad y publicidad del matrimonio.

En el Ecuador el divorcio tiene carácter judicial y ello es consecuencia necesaria de la existencia de los principios de solemnidad y publicidad del matrimonio, del requisito de su celebración con intervención de autoridad pública y, así su disolución está sujeta a los mismos.

Las causales de divorcio, alegadas para iniciar la acción deben ser probadas en juicio y pueden serlo aportando las pruebas señaladas, en el Código de Procedimiento Civil.

g) La acción de divorcio es taxativa.

Las causales de divorcio se encuentran enumeradas de manera expresa en el Art. 110 del Código Civil.

h) El vínculo matrimonial del cónyuge que se hubiere vuelto demente o sordomudo, que no pueda darse a entender por escrito, no podrá disolverse por divorcio, por ser considerados incapaces absolutos.

i) La acción de divorcio no podrá darse con leyes no ecuatorianas, si el que contrajo matrimonio es ecuatoriano.

Cuando uno de los cónyuges fuere ecuatoriano, no podrá anularse, ni disolverse por divorcio el matrimonio contraído en el Ecuador, sino mediante sentencia pronunciada por jueces ecuatorianos, dice el Art. 129 del Código Civil; mientras que el Art. 92 del cuerpo de leyes citado señala, que el matrimonio disuelto en territorio extranjero en conformidad a las leyes del mismo lugar, pero que no hubiera podido disolverse según las leyes ecuatorianas, no habilita a ninguno de los dos cónyuges para casarse en el Ecuador, mientras no se disolviera válidamente el matrimonio en esta República; y el **Art. 93** indica que el matrimonio, que según las leyes del lugar en que se contrajo, pudiera disolverse en él, no podrá sin embargo disolverse en el Ecuador sino en conformidad con las leyes ecuatorianas.

5.5. EFECTOS DEL DIVORCIO

En cuanto a los efectos de la sentencia de divorcio, pueden concretarse en los siguientes:

- Queda disuelto el matrimonio; los que eran cónyuges pasan a ser divorciados y pueden contraer nuevo matrimonio civil, incluso pueden volver a contraer nuevo matrimonio entre sí.
- Queda disuelto el régimen económico del matrimonio, centrándose en la liquidación del patrimonio matrimonial y la adjudicación de los bienes al cónyuge que corresponda.
- La sentencia del divorcio no afectará a terceros de buena fe (que han podido o pueden contratar con los cónyuges), sino a partir de la fecha de su inscripción en el Registro Civil, a partir de cuyo momento puede ser conocida por cualquiera.
- Como primera consecuencia de tipo personal es la relativa a los hijos, pues estos quedarán bajo la custodia del cónyuge que se determine en el convenio de divorcio, y en caso no existir acuerdo entre las partes, de quien decida el Juez o la Sala Superior. Si existe culpabilidad de algún cónyuge, normalmente se concederá la custodia al que resulte inocente, salvo que concurran circunstancias excepcionales. Quien se haga cargo de la custodia de los hijos ostentará también el ejercicio de la patria potestad y estará encargado de la administración de sus bienes. Si bien el vínculo se disuelve, no deben afectarse las relaciones paterno-filiales, ya que ello constituye un derecho de los hijos, el mantener un vínculo parental adecuado, dentro de circunstancias razonables y de seguridad, para evitar un trauma mayor cuando son menores de edad.

5.6. CLASES DE DIVORCIO

De igual manera nuestra legislación prevé dos tipos de divorcios, a los que se los puede llegar a definir de la siguiente:

- a) **CONTENCIOSO O POR CAUSALES**, aquel que se demanda por cualquiera de los cónyuges en virtud de existir dentro de la relación alguna de las causales establecidas en el art. 110 del Código Civil vigente, las misma que serían el origen mismo de la separación.
- b) **CONSENSUADO O POR MUTUO CONSENTIMIENTO**, aquel en el cual los cónyuges de común acuerdo deciden dar por terminado su vínculo matrimonial.

5.6.1 EL DIVORCIO CONTENCIOSO O POR CAUSALES

Se denomina o considera al divorcio contencioso, cuando existe una resistencia por la contra parte para llevar a cabo el trámite, es decir; que encuentra una oposición por una de las partes, lo cual no permite que se realice un divorcio por mutuo acuerdo.

En esta clase de divorcio se da como un hecho particular la falta de acuerdo entre los cónyuges en el sentido de poner término al matrimonio o con referencia a las consecuencias del mismo, de tal manera que encontramos la voluntad de uno en contienda con la del otro que pretende hacer subsistir el vínculo conyugal.

En nuestro país las causales del divorcio contencioso se encuentran contempladas en el artículo 110 del Código Civil vigente que textualmente indica:

Art. 110.- Son causas de divorcio:

1ª.- El adulterio de uno de los cónyuges;

2ª.- Sevicia;

3ª.- Injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial;

4ª- Amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro;

5ª.- Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice;

6ª- El hecho de que dé a luz la mujer, durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en este Código;

7ª.- Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de corromper al otro, o a uno o más de los hijos;

8ª- El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable y contagiosa o transmisible a la prole;

9ª.- El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general toxicómano;

10ª.- La condena ejecutoriada a reclusión mayor;

11ª.- El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente.

Sin embargo, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges.

En lo que fuere aplicable, las causas previstas en este artículo, serán apreciadas y calificadas por el juez, teniendo en cuenta la educación, posición social y demás circunstancias que puedan presentarse.

El divorcio por estas causas será declarado judicialmente por sentencia ejecutoriada, en virtud de demanda propuesta por el cónyuge que se creyere perjudicado por la existencia de una o más de dichas causas, con la salvedad establecida en el inciso segundo de la causal 11ª de este artículo.

Como se puede deducir el divorcio contencioso en el Ecuador es el solicitado por uno de los cónyuges, sin o contra la voluntad del otro, por una o varias de las causales del Art. 110 de la codificación del Código Civil.

En general las causales del divorcio del Art. 110 de la codificación del Código Civil Ecuatoriano, contiene acciones u omisiones cometidas por uno o por ambos cónyuges que revelan el incumplimiento de los deberes conyugales o la violación de ellos y en consecuencia configuran la causal de divorcio.

Cabe indicar que el divorcio por causales tiene una carácter judicial, pues en el Ecuador, para que exista el mismo, deberá haber un juicio de por medio. Las causales de divorcio que se aleguen, deberán ser debidamente comprobadas en juicio, debiendo señalarse además que la causales de divorcio son taxativas, es decir se encuentra expresamente señaladas en la Ley.

El profesor Francisco Cosentini señala cinco características del Art. 110.

- Causas Criminológicas.- El adulterio, el atentado contra la vida del otro cónyuge, la condena por reclusión, la falta de moralidad y perversión sexual, malos tratos e injurias, intento de prostitución;
- Causas Simplemente Culposas.- Abandono voluntario.
- Causas Eugenésicas.- Enfermedades, alcoholismo toxicomanía.
- Causas Objetivas.- Separación voluntaria de los dos cónyuges.
- Causas Indeterminadas.- El embarazo prenupcial ignorado por el marido.

Todas las causales establecidas en el Código civil, contienen acciones u omisiones cometidas por uno o por ambos cónyuges que revelan el incumplimiento de los deberes conyugales o la violación de ellos y en consecuencia configuran la causal de divorcio."

5.6.1.1 TRAMITE DEL DIVORCIO CONTENSIOSO

Según el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, proceso "es el conjunto de actos y actuaciones de una causa judicial"⁸⁰.

En el caso que nos ocupa la parte actora patrocinada por un profesional en derecho, acudirá con la demanda de divorcio, según la causal que creyeren conveniente, a la Oficina de Sorteos de la Corte Provincial de Justicia, la misma que en lapso de ser sorteada pasaría a un Juzgado de lo Civil para el trámite correspondiente.

El divorcio judicial caracterizado por una mayor complejidad en los procesos de sustanciación del mismo, así como también por el nivel de conflictividad que existe entre las partes en contienda, se encuentra establecido

⁸⁰ DICCIONARIO DE DERECHO USUAL. Pág. 436

a partir del artículo 110 del Código Civil en donde se plantean las causas por las cuales se justifica un proceso de divorcio de este tipo.

En este sentido, cabe señalar que las causales más importantes se encuentran comprendidas por el adulterio de uno de los cónyuges, la sevicia, injurias o actitud hostil que ponga de manifiesto una incapacidad para llevar una vida matrimonial armónica, amenazas graves contra la vida de uno de los cónyuges, entre otras.

En cuanto se refiere a la capacidad legal para instaurar una demanda de divorcio, es preciso manifestar que la acción constituye una potestad de carácter personal, lo que implica el hecho de que solo puede ser solicitado por los cónyuge cuando se trata de divorcio por mutuo consentimiento y por el cónyuge inocente cuando se trata del divorcio por causales.

Una característica importante de la acción de divorcio es la irrenunciabilidad de esta, en razón de que lo contrario pondría en juego el estado civil de las personas.

Así mismo, la acción de divorcio es prescriptible, para lo cual se establece en el Código Civil un período de un año, debiendo señalarse que para evitar dicha prescripción es necesario que es entable un juicio, lo cual, confiere a la acción de divorcio un carácter de judicial.

La demanda de divorcio será propuesta ante el juez civil del domicilio del demandado y el procedimiento será sometido a las reglas del juicio verbal sumario.

La citación de la demanda de divorcio será llevada a cabo en torno a los parámetros legales que para tal efecto determina el Código de Procedimiento Civil.

En los juicios de divorcio de este tipo se abrirá la causa prueba tal como lo determina el artículo 121 del Código Civil; y, la sentencia no surtirá efecto mientras no se inscribiere en la oficina del registro civil correspondiente.

El procedimiento del divorcio contencioso se inicia mediante la presentación de la demanda, acompañada por la partida de matrimonio y de nacimiento de los hijos, dicha demanda debe cumplir con los requisitos previstos en el Art. 71 del Código de Procedimiento Civil, el mismo que dice: “ La demanda debe ser clara y contendrá:

- 1.- La designación del juez ante quien se la propone;
- 2.- Los nombres completos, estado civil, edad y profesión del actor y los nombres completos del demandado;
- 3.- Los fundamentos de hecho y de derecho, expuestos con claridad y precisión;
- 4.- La cosa, cantidad o hecho que se exige;
- 5.- La determinación de la cuantía;
- 6.- La especificación del trámite que debe darse a la causa;
- 7.- La designación del lugar en que debe citarse al demandado, y la del lugar donde debe notificarse al actor; y,
- 8.- Los demás requisitos que la Ley exija para cada caso.

Una vez presentada la demanda y calificada la misma, se procederá a citar al cónyuge demandado; el Juez llamará a una Audiencia de Conciliación, a la que deben comparecer ambas partes con sus abogados y procuradores.

Si existieren hijos menores se nombrará un CUADOR AD LITEM, quien deberá posesionarse antes de la Audiencia de Conciliación. En dicha Audiencia de Conciliación se practicarán las pruebas que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre las medidas a adoptar respecto de la guarda y custodia de los hijos, el régimen de visitas del cónyuge no custodio, el uso de la vivienda familiar y el establecimiento de pensiones alimenticias o de pensión compensatoria.

Una vez celebrada la audiencia, el Juez dictará sentencia por la que se decrete el divorcio de los cónyuges y se establezcan las medidas que regirán a partir de ese momento las relaciones de los cónyuges y de estos con sus hijos; y mandará que la misma se inscriba en el Registro Civil.

Contra la sentencia que se dicte en los procesos matrimoniales de separación y divorcio podrá interponerse el correspondiente recurso de apelación.

5.6.2 EL DIVORCIO CONSENSUADO O POR MUTUO CONSENTIMIENTO

El divorcio consensual, también se lo ha dado en llamar el de mutuo consentimiento de ambos cónyuges, y el mismo que es declarado por un juez civil mediante la resolución de sentencia judicial.

Respecto de lo que implican las circunstancias jurídicas del divorcio por mutuo consentimiento, cabe manifestar que este se encuentra sustentado en la voluntad y conciencia expresadas a través del consentimiento de los cónyuges que pretenden acogerse a este régimen, y que debe ser expuesto bajo condiciones como la manifestación de la voluntad de separarse por escrito ante el juez de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges, ya sea por sí o por medio de procuradores especiales.

Una vez establecidos los parámetros legales en los cuales se sustenta el procedimiento de divorcio de mutuo consentimiento, es necesario desarrollar un análisis respecto de las implicaciones jurídicas relacionadas con el divorcio judicial.

Por lo que es aquel decidido por mutuo consentimiento de ambos cónyuges y declarado por sentencia judicial. Esta modalidad se encuentra complementada en el artículo 107 de la codificación del Código Civil, que expresa: "Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán por escrito, por si o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo Civil de cualquiera de los cónyuges:

- 1.- Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio;
- 2.- El nombre, edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y,
- 3.- La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes patrimoniales y de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos"

Por lo tanto el mutuo consentimiento consiste en que ambos cónyuges coinciden en poner fin al vínculo matrimonial, y es generalmente reconocido como causa de divorcio, aunque en algunos sistemas se exige, además de su concurrencia, el cese efectivo de la convivencia durante un cierto período de tiempo, (según nuestra ley 60 días después de haberse presentado y calificado la demanda se llevará a cabo la audiencia de conciliación).

El maestro doctor García Falconí define al divorcio por mutuo consentimiento y lo determina como: "es el divorcio en el cual el hombre y la mujer, expresan su mutuo consentimiento en poner fin a sus obligaciones reciprocas nacidas del matrimonio."⁸¹ Dice igualmente que "esta clase de divorcio, evita escándalos entre los cónyuges y la circunstancia de no establecer al culpable, pero no surte efecto sin aprobación judicial dictada en sentencia por el Juez de lo Civil competente, pues de lo contrario sería nulo"

⁸¹ GARCÍA FALCONI JOSÉ, (1998) "El Juicio de Divorcio por Causales", Editorial Jurídica del Ecuador. Quito - Ecuador, Pág. 27

De acuerdo a la definición que da el Dr. José García Falconí, al divorcio por mutuo consentimiento lo define como la voluntad libre y espontánea de los cónyuges de dar por terminado el vínculo matrimonial, es una terminación de forma amistosa sin conflictos, evitando todo tipo de escándalos que repercuten en la estabilidad muchas veces de los hijos.

En esta clase de divorcio, no se requiere que los cónyuges expresen los motivos que llevaron a tal decisión, ni que se expongan causas que generen un término de prueba, pues simplemente la confesión de las partes de dar por terminado el vínculo conyugal que los unía hasta ese momento.

En el divorcio por mutuo consentimiento, en la mayoría de los casos existen varios acuerdos previos entre los cónyuges, sin tener que llagar a ningún otro tipo de litigios por los hijos, ni por los bienes que fueron obtenidos dentro del matrimonio.

En resumen el divorcio por mutuo consentimiento en nuestra legislación civil puede caracterizarse como una institución en la que no se requiere expresión ni calificación de causas, que solamente procede en virtud de sentencia judicial.

La propia Ley, establece que una vez aceptada la solicitud o demanda por un Juez de lo Civil, se suspende la acción por el plazo de dos meses, transcurrido este plazo se convocará a audiencia de conciliación para escuchar el deseo de dar por terminada esta unión conyugal, en esta diligencia judicial se conocerá y resolverá lo relacionado a la descendencia familiar (hijos), de no existir el acuerdo referente a este aspecto (pensión, visita, estado de hijos), se abrirá a prueba de seis días, fenecido este término se deberá pronunciar sentencia por parte del Juez, sujetándose a las reglas establecidas en el Art. 108 del Código Civil.

5.6.2.1 TRAMITE DEL DIVORCIO CONSENSUAL

Una vez presentada la demanda con los requisitos señalados en el art. 107 del Código Civil, deberán transcurrir dos meses, a petición de los cónyuges o de sus procuradores especiales, el Juez de lo Civil les convocara a una AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN, en la que, de no manifestar propósito contrario, expresaran de consumo y de viva voz su resolución definitiva de dar por disuelto el vinculo matrimonial.

En la misma audiencia, los cónyuges o sus procuradores especiales acordarán la situación económica en la que deben quedar los hijos menores de edad después de la disolución del matrimonio, la forma como deben proveer a la protección personal, educación y sostenimiento de aquellos.

Los hijos deben estar representados por uno o más curadores AD-LITEM, según el caso, cuya designación la hará el Juez prefiriendo, en lo posible, a los parientes cercanos de los hijos.

Si no llegaren a un acuerdo sobre estos puntos, el juez concederá el término probatorio de seis días, fenecido el cual pronunciará sentencia, sujetándose a las reglas siguientes:

1. A la madre divorciada o separada del marido toca el cuidado de los hijos impúberes, sin distinción de sexo y de las hijas de toda edad.
2. Los hijos púberes estarán al cuidado de aquel de los padres que ellos elija;
3. No se confiará al padre o madre el cuidado de los hijos, de cualquier edad o sexo, si se comprobare inhabilidad física o moral para cuidarlos,

inconvivencia para los hijos, sea por la situación personal, sea porque no esté en condiciones de educarlos satisfactoriamente, o haya temor de que se perviertan;

4. Tampoco se confiará el cuidado de los hijos al cónyuge que hubiere dado causa para el divorcio por cualquiera de los motivos señalados en la Art. 110.
5. El matrimonio del cónyuge divorciado dará derecho al cónyuge que no se hubiese vuelto a casar para pedir al juez que se le encargue el cuidado de los hijos hasta que cumplan la mayoría de edad; y
6. En caso de de que ambos padres se hallaren en inhabilidad para el cuidado de los hijos, el juez confiará ese cuidado a la persona a quien, a falta de los padres corresponderá la guarda en su orden, según las reglas del Art. 395, pudiendo el juez alterar ese orden, si la convivencia de los hijos así lo exige, a falta de todas estas personas, cuando, a convicción del juez, el menor o menores se encuentran en estado de abandono, ordenará que sean entregados a un establecimiento de Asistencia Social, público o privado, o en colocación familiar en un hogar de reconocida honorabilidad y de suficiente capacidad económica, fijará, al efecto, la pensión que debía pagar así el padre como la madre, o las personas que le deban alimentos, para atender a la crianza y educación de los hijos, todo lo cual se resolverá a la solicitud del Ministerio Público o de los parientes hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad. Si tales personas carecen en absoluto de los medios económicos para pagar una cuota mensual, deberá declararlo así en providencia.

El cobro de tal pensión se hará por apremio en la forma determinada por el juez.

La sentencia, en cuanto resolviere sobre la educación de los hijos, será susceptible del recurso de apelación. Pero solo en el efecto devolutivo.

Ventajosamente nuestras Leyes protegen al menor ya que después de que el Juez fija una PENSIÓN DE ALIMENTOS tomando en cuenta la realidad económica tanto de los hijos cómo del padre, éste es obligado a cumplir todos los meses con dicha mensualidad.

De no cumplirse este pago mensual será el Juez quien determine la orden de apremio para el padre.

Aunque en la realidad no todas las pensiones de alimentos se ajustan a las necesidades de los menores por lo menos no deben faltar mes a mes ya que la Ley es rigurosa en su cumplimiento como se ha mencionado anteriormente.

Esto brinda una protección tanto a los hijos como a su madre quién en adelante tendrá que afrontar con las necesidades tanto emocionales, de salud y económicas de sus hijos.

En cuanto a lo concerniente al cuidado de los menores será su madre quien esté a su cargo por lo menos hasta cuando sean impúberes, al ser púberes podrán elegir con cuál de sus dos progenitores desean vivir.

5.6.3 DIFERENCIAS ENTRE EL TRAMITE DE DIVORCIO CONTROVERTIDO Y CONSENSUAL

Con estas características se puede determinar importantes diferencias entre el divorcio consensual y el divorcio contencioso, las cuales destaco a continuación:

- 1) La manifestación de la causa que origina el divorcio, factor determinante y característico del divorcio contencioso que no encontramos en cambio en el consensual.

- 2) La limitación de las causas que, para el caso del divorcio contencioso, se encuentra taxativamente señalada en el artículo 110 de la codificación del Código Civil. Tratándose del divorcio consensual las causas subyacentes son indiferentes al derecho.
- 3) La acción del divorcio difiere: en el divorcio consensual puede solicitarse en cualquier tiempo que los cónyuges lo decidan, mientras que en el caso de divorcio contencioso la acción solamente puede ejercitarse dentro del plazo de un año contando en la forma prescrita en el artículo 124 de la codificación del Código Civil.
- 4) El procedimiento judicial es diferente ya que para el divorcio consensual se somete a un procedimiento de carácter no contencioso que se caracteriza por faltar la contienda entre las partes y cuya reglamentación se contiene en los artículos 107 y siguiente de la codificación del Código Civil.
- 5) En la forma de divorcio contencioso existe una controversia entre las partes, por lo mismo que se puede hablar con propiedad de un litigio legal, pleito o juicio en su sentido más preciso de procedimiento contencioso, que por mandato del artículo 118 de la codificación del Código Civil, este procedimiento es el señalado para que se tramite en Juicio verbal sumario.

5.7 EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO NOTARIAL

El divorcio por mutuo consentimiento o donde no existe controversias entre las partes en sí permite a las parejas realizar el trámite en el menor tiempo posible y sin incurrir en tantos gastos; sin embargo de lo cual, este

trámite en la actualidad se lo puede gestionar y agilizarlo más si se lo lleva a cabo ante un Notario público.

Con la reforma a la Ley Notarial, emitida en el Registro Oficial No. 406, del 28 de Noviembre del dos mil seis, el Art. 18, en su numeral 22, faculta a los notarios para que tramiten divorcios por mutuo consentimiento, en el caso en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia.

Los requisitos se encuentran contemplados en el numeral 22 del artículo 18 de la Ley Notarial, se los puede resumir en los siguientes:

1. Situación actual de existencia del vínculo conyugal.
2. Inexistencia de hijos menores de edad.
3. Inexistencia de hijos bajo dependencia, lo cual se extiende a los hijos mayores de edad discapacitados.
4. Inexistencia de encontrarse en estado de gravidez de la cónyuge.

Una vez cumplidos con los requisitos anotados anteriormente se presenta el petitorio firmado por los cónyuges, patrocinado por un abogado o abogada.

Los requisitos de la petición se encuentran establecidos en el artículo 107 del Código Civil, que señala:

"Art. 107.- Por mutuo consentimiento pueden los cónyuges divorciarse. Para este efecto, el consentimiento se expresará del siguiente modo: los cónyuges manifestarán, por escrito, por sí o por medio de procuradores especiales, ante el juez de lo civil del domicilio de cualquiera de los cónyuges:

1o.- Su nombre, apellido, edad, nacionalidad, profesión y domicilio;

2o.- El nombre y edad de los hijos habidos durante el matrimonio; y,

3o.- La voluntad de divorciarse, y la enumeración de los bienes patrimoniales y de los de la sociedad conyugal, con la comprobación del pago de todos los impuestos".

Por tratarse de un asunto de jurisdicción voluntaria, en el divorcio consensual que se lo plantea en el ámbito notarial, no cabe por la naturaleza de la misma plantear una acción mediante demanda, sino de una simple solicitud conjunta de los cónyuges que reúna los requisitos anteriores.

A este tipo de divorcio, la doctrina lo ha dado en llamarse como VINCULAR, que se caracteriza por la ruptura del vínculo matrimonial válido producida en vida de los cónyuges, en virtud de una resolución judicial o declaración notarial; el divorcio consensual es el decidido por mutuo consentimiento de ambos cónyuges y declarado en sentencia judicial o declaración notarial.

Ciertamente, detrás del mutuo consentimiento de los cónyuges se encuentra una o muchas causas motivantes del divorcio, más dichas causas no desempeñan papel alguno, tanto en el procedimiento notarial como en el procedimiento judicial, pues no se plantea la petición sobre la base de las causales que motivan el divorcio; por lo que, no se analizan ni se califican, pues es lógico suponer que los mismos cónyuges interesados lo han hecho antes de proponer el divorcio y la ley respeta dicha decisión,

consecuentemente, el divorcio por mutuo consentimiento es un acto libre de los cónyuges quienes deciden y concretan su decisión.

El petitorio, para ser admitido a trámite deberá contener el sello, fecha y firma del Presidente o Secretario del Colegio de Notarios respectivo. Para ello el notario deberá obtener tal constancia de la siguiente manera:

1. Presentando personalmente la documentación correspondiente al Presidente del Colegio.
2. Enviando a un asistente notarial para su presentación, que generalmente pasa en la práctica jurídica.
3. Enviando un fax al Colegio Notarial, para que este por el mismo medio lo devuelva, lo cual no es apropiado, ya que el sello y firma del Presidente o Secretario no son los originales.

Cumplido lo señalado, el notario sentará razón de la fe de presentación, siempre que el petitorio se haya adjuntado la partida de matrimonio respectiva, estampando un sello.

Asimismo, constará en acta Protocolizada. En la que se declarará disuelto el vínculo matrimonial. La cual contendrá los siguientes aspectos:

- . El reconocimiento de sus respectivas firmas y rubricas de la petición presentada.
- . En el momento de la audiencia los cónyuges deben ratificar libremente y en voz alta su voluntad de divorciarse.

Participan en el proceso de divorcio en sede notarial, los cónyuges directamente o a través de procuradores especiales. Admitida la solicitud, el notario les citará dentro de un plazo no menor de sesenta días, a una audiencia conciliatoria.

Ratificada de consuno y viva voz la resolución irrevocable de divorciarse por mutuo consentimiento, se redactará el acta de divorcio respectiva por parte del Notario. Posteriormente, el notario oficiará al Registro Civil, para la anotación marginal respectiva y el registrador debe devolver una copia certificada para que sea incorporada en el registro notarial.

Si a la primera audiencia las partes o cualquiera de ellas no asisten, el notario, señalará nueva fecha, dentro de los 10 días siguientes a la fecha de la petición. Si en la segunda no asisten, el notario, archivará la petición.

Sin duda alguna, hay instituciones como el divorcio, que por su misma naturaleza y antigüedad han merecido un amplio análisis en la doctrina, más aún con la crisis de la familia que vive nuestro país, especialmente a raíz de la migración en los años noventa y en este decenio, han aumentado significativamente el número de divorcios en los juzgados de lo civil del país, según las últimas estadísticas.

Los defensores del divorcio, señalan que es un remedio para situaciones difíciles que en la vida se presentan y que no se sospecho al momento de contraer matrimonio; de tal modo que el divorcio es el instrumento capaz de evitar hechos graves, desastrosos ejemplos para los hijos y fatales consecuencias en lo económico.

Los detractores del divorcio lo consideran como un elemento de disolución social que produce en no menos casos el menosprecio a la mujer, el sacrificio de los hijos, la ruina del hogar y frecuentes desastres económicos.

5.7.1. DESDE CUÁNDO SURTE EFECTOS EL DIVORCIO CONSENSUAL NOTARIAL.

De acuerdo con el artículo 128 del Código Civil, que señala:

"Art. 128.- La sentencia de divorcio no surtirá efecto mientras no se inscribiere en la oficina de registro civil correspondiente.

La sentencia que admita el divorcio no se podrá inscribir ni surtirá efectos legales, mientras no se arregle satisfactoriamente lo relacionado con la educación, alimentación y cuidado de los hijos, en el caso de que estos particulares no se hubieren decidido en la audiencia de conciliación.

Para el efecto, el juez convocará una junta en la que volverá a buscarse el acuerdo.

De la sentencia que declare disuelto el vínculo matrimonial, una vez inscrita, se tomará razón al margen del acta de inscripción del matrimonio, dejando constancia en autos del cumplimiento de este requisito".

La sentencia de divorcio no surtirá efectos mientras no se inscribiere en la oficina del Registro Civil correspondiente y, por lo dispuestos en el artículo 72 de la Ley de Registro Civil, que ordena que la sentencia se subinscribirá en la respectiva inscripción y que mientras la sentencia no estuviere subinscrita no podrá reclamarse los derechos civiles provenientes del divorcio, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 24, 61 y 73 del mismo cuerpo de ley, que señalan:

"Art. 24.- Exigencia de sentencia inscrita.- La autoridad ante quien se presente una sentencia sobre estado civil que no haya sido inscrita, exigirá previamente el requisito de la inscripción".

"Art. 61.- Reforma o nulidad de inscripción.- Salvo los casos expresamente señalados en esta ley, las inscripciones de los hechos o actos constitutivos o modificatorios del estado civil de una persona no podrán ser reformados ni anulados, sino en virtud de sentencia judicial".

"Art. 73.- Presentación de dos copias.- Ejecutoriada alguna de las sentencias a que se refiere el artículo precedente, se presentará por duplicado copia certificada, ante el Jefe de Registro Civil, Identificación y Cedulación del lugar donde estuviere inscrito el matrimonio, para su correspondiente subinscripción.

Una copia de dicha sentencia se archivará en la Jefatura de Registro Civil, Identificación y Cedulación correspondiente y la otra se remitirá al Departamento de Registro Civil".

Disposiciones legales que concuerdan con los artículos 331 y 332 del Código Civil, que señalan:

"Art. 331.- El estado civil es la calidad de un individuo, en cuanto le habilita o inhabilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles".

"Art. 332.- El estado civil de casado, divorciado, viudo, padre, hijo, se probará con las respectivas copias de las actas de Registro Civil".

Disposiciones que determinan que el estado civil de divorciado se probará con las respectivas copias de las actas de registro. En consecuencia, todas las disposiciones se refieren a la inscripción de sentencias judiciales, siendo ésta un acta notarial que contiene la declaración notarial daría la impresión de que no se requiere la inscripción de la declaración notarial que contiene la declaración notarial, pero buscando el espíritu de la ley se concluye que mientras no haya la subinscripción del divorcio en la oficina de Registro Civil, no surte efecto el mismo, tanto más que, por disposición del artículo 332 del Código Civil se tiene como prueba idónea del estado civil de divorciado las respectivas copias de las actas de Registro Civil que para que surta efectos pertinentes, es necesario, que la declaración notarial de disolución del vínculo matrimonial se subínscriba en la respectiva inscripción del matrimonio.

5.7.2 PRINCIPIOS DE PROCEDIMIENTO

Al respecto de este tema debemos mencionar que los principios de procedimiento se centran prácticamente en el mismo que se da para el divorcio consensual en Juzgado Civil, con la única diferencia que éste se presenta y da ante el Notario Público escogido por las partes intervinientes.

Entonces, se hace necesario presentar preguntas comunes al procedimiento notarial y dar las respuestas inherentes al caso para entender de mejor manera los principios de procedimiento en el divorcio mutuo en Notaría, a saber:

¿Qué requisitos se exige?

Primero la existencia de un mutuo acuerdo entre los cónyuges de dar por terminado el vínculo matrimonial que los une; la misma que debe estar plasmada en una petición al notario, firmada por las partes y por un abogado patrocinador, en la cual se hará referencia al estado en que se encuentra la sociedad conyugal; y, la afirmación de que no existen hijos menores de edad ni bajo dependencia de los padres.

¿Qué documentos se presentan, para sustentar la petición?

La partida de matrimonio, de ser el caso el poder o procuración judicial conferido para la representación de uno o de ambos cónyuges en el que debe constar la facultad para divorciarse expresando en la audiencia conciliatoria de consuno y viva voz dicha voluntad definitiva y obviamente la facultad para suscribir la escritura pública de divorcio, copias de cédulas de ciudadanía y certificados de votación (en la audiencia presentarán los originales de estos documentos).

¿En qué documento consta?

En escritura pública.

¿Qué aspectos debe contener la escritura pública?

Se protocolizará la solicitud: la que deberá contener los requisitos del Art. 107 del Código Civil, la afirmación de no tener los intervinientes hijos menores de edad ni discapacitados; el acuerdo de los cónyuges por el que pidan la cesación de los efectos del matrimonio y la expresión de la voluntad de divorciarse conjuntamente con todos los documentos anexos.

¿Quiénes participan en el proceso de divorcio en sede notarial?

Los cónyuges directamente o por medio de sus abogados con procuración.

¿Basta la escritura pública o necesita homologación judicial?

No es necesaria ninguna homologación, porque el notario comunicará de la escritura pública de divorcio al Registro Civil, para que se proceda a la anotación respectiva del divorcio declarado.

¿Qué efectos tiene para el matrimonio civil?

Queda disuelto el matrimonio civil.

El notario extenderá la escritura pública, y pondrá a disposición de los interesados, los cónyuges pueden acudir al notario que les convenga.

¿Qué principios son aplicables al Divorcio por Acta Notarial?

Los principios aplicables al Divorcio por Acta Notarial son: Celeridad y economía procesal, por tanto las Reformas a la ley notarial son una forma acertada de descongestionar a los jueces de los trámites y demandas que tiene que atender día a día.

En términos generales la jurisdicción voluntaria es una función pública de carácter administrativo que tradicionalmente ha sido realizada y confiada a los jueces de lo civil y que se diferencia de los procesos contenciosos en el sentido que la sentencia que se emite en jurisdicción voluntaria es una sentencia de mera declaración o constitutiva y que tal virtud los pronunciamientos en materia de jurisdicción voluntaria son de carácter documental, probatorio, con lo cual puede equipararse al acto del notario en aplicación de la fe pública notarial de la que goza, en aquellos casos de jurisdicción voluntaria que le han sido confiados a este último.

Por lo tanto y de los resultados obtenidos en el curso de la investigación se puede afirmar que las Reformas a la Ley Notarial al haber concedido facultades adicionales a los notarios han sido positivas. El hecho de poder efectuar ante un notario el trámite materia de este estudio y que antes estaban autorizados solamente a los jueces, representa una alternativa ágil de evacuar asuntos de jurisdicción voluntaria.

Sin pretender criticar el trabajo de los jueces de lo civil, consideramos que el trámite que se realiza ante el notario es mucho más rápido que aquel realizado ante un juez de lo civil; debido a que se tiene que acudir a la Sala de Sorteos de la Función Judicial someter su demanda al sorteo correspondiente y realizar gestiones para que la pretensión sea calificada solo en esto ya se lleva dos semanas y amén de la serie de acciones o trámites que se deben realizar, y que por la acumulación de procesos de por sí conllevan a la demora excesiva; mientras que en la Notaría, se evidencia la agilidad de un caso en relación a otro.

Por tanto, uno de los efectos positivos de las reformas en el tema de estudio y su necesidad radica en la agilidad, en términos comparativos, de los trámites de jurisdicción voluntaria, que se realizan.

Otro efecto positivo que cimienta la necesidad de la reforma es la posibilidad de que el usuario acuda ante el notario que escoja por servicio o por costo.

La parte que realiza su trámite de jurisdicción voluntaria ante un notario, sabe que está utilizando un servicio por el cual desea pagar un honorario y que en tal virtud tiene su pleno derecho de exigir un servicio adecuado.

Consideramos, entonces, que es necesario impulsar la reforma y con ello llegar a la aplicación de los principios de celeridad y economía procesal, puesto que, que el efecto positivo es palpable; ya que, está demostrado que se alivia en gran medida el trabajo de los juzgados en materia de jurisdicción voluntaria; no se ha visto todavía en su potencial magnitud, aunque ya se producido un gran descongestionamiento a partir de las reformas en estos ámbitos a la Ley Notarial.

Igualmente, en mi opinión este efecto de aliviar el voluminoso estado de los juzgados, a través del trabajo de los notarios, se conseguirá en mejor medida, si se amplía las facultades concedidas a los notarios en manera de jurisdicción voluntaria.

Evidentemente podríamos analizar otros actos que se podrían facultar a los notarios aparte de los ya conocidos, como el matrimonio tema tratado en el presente trabajo, y en algunas materias como sucesiones, inmobiliario, mercantil y paulatinamente despojarnos del tradicionalismo que no ha permitido la evolución de nuestra ley al ritmo del mundo actual que nos presenta nuevos retos día a día.

Definitivamente entendiendo que esta investigación no se agotará con el presente trabajo, sino que por el contrario, será un aporte e incentivo para mayores estudios en este ámbito jurídico y propender que se propongan nuevas normas que permitan agilizar procesos no judiciales.

5.8. LIMITACIONES AL PROCEDIMIENTO NOTARIAL

Las limitaciones que se pueden anotar están más bien encuadradas al hecho de que no se faculta al Notario participar en diversos asuntos de jurisdicción voluntaria en que fácilmente podrían hacerlo como: matrimonio, curadurías especiales, declaración de muerte presunta, tenencia, visitas, etc.

El notario en nuestro sistema pertenece a la función judicial; la práctica consuetudinaria y luego las distintas legislaciones han organizado la función notarial para atender con ella el servicio que requiere el conglomerado social para satisfacer las necesidades de seguridad jurídica, mediante una asesoría jurídica, garantía de su libertad de contratación, eficacia de su autonomía privada y la producción de instrumentos revestidos de completa credibilidad y perdurabilidad.

La intervención del notario en los contratos y actos que requieren de solemnidades; cumple en la actualidad y por el reconocimiento de la fe notarial, la función que realizaron los jueces como en el caso de la *in iure cessio*; la intervención y actividad realizadas por el Notario para vigilar la acción jurídica de los particulares que es en esencia la misión que cumple el servicio notarial, recibiendo y autorizando las declaraciones espontaneas y dándoles autenticidad y fuerza ejecutoria, recoge los contenidos de la jurisdicción voluntaria para desempeñarlos dentro de su propia estructura jurídica.

La primera es que la actividad de notario es compatible y no riñe con la facultad de resolver actividades de la denominada jurisdicción voluntaria; y, la segunda es que el notario puede en tal virtud solemnizar y autorizar aquellos actos de jurisdicción voluntaria que encajan en su estructura jurídica.

La llamada jurisdicción voluntaria, al no declarar derechos ni interpretar normas legales, frente a una colisión de pretensiones, no es de la competencia judicial, sino notarial. La función notarial y jurisdicción voluntaria son términos equivalentes, aunque el Notario carezca de jurisdicción en el sentido que no tiene imperio o *ius gladii* (poder de hacer ejecutar lo juzgado), ejerce jurisdicción si se acepta el sentido romano de la llamada jurisdicción voluntaria, consistía en imprimir forma y fuerzas jurídicas a los actos y manifestaciones consensuales o unilaterales de la vida privada.

Cabe resaltar que existe cierto parentesco entre la función notarial y la función judicial, ya que, ambas tienen como finalidad asegurar la eficacia de los derechos y, mediante ellos servir a la justicia. Pero igualmente, entiende que son distintos los supuestos que dan lugar a la intervención del juez y el notario, diferente la forma de sus respectivas intervenciones y también diversos los intereses que protegen, y que la sentencia produce efecto de la cosa juzgada, en tanto que el instrumento publico “tiene la promesa por la ley de una tutela jurisdiccional específica, pero no extingue la acción del demandante, como la cosa decidida en sentencia firme.

Esta observación es correcta en referirse a la jurisdicción contenciosa; pues, la decisión judicial en materia de jurisdicción voluntaria tampoco produce efecto de cosa juzgada, con lo cual bien se podría decir que el acto notarial produce el mismo efecto de la Sentencia judicial, en los casos de jurisdicción voluntaria, atribuidos a los notarios.

Por lo tanto, tratándose de jurisdicción voluntaria, el notario llena la función característica de aquella, que tiene por fin “proteger y asegurar los derechos jurídicos, autorizarlos y darles forma en intervenir en la creación y en el ejercicio y liquidación de derecho y relaciones jurídicas.

En Ecuador , quizá al igual que en la mayoría de sistemas jurídicos latinos , se ha considerado como jurisdicción voluntaria a todos los asuntos que sin existir una lista que resolver se someten ante los jueces de la función judicial; mientras que, todo asunto que se lo ejecute ante autoridad del órgano ejecutivo o simplemente independientes a la función judicial se estiman son simples actos administrativos; esta distinción que podría ser practica para efectos materiales , y que no la podemos aceptar de las ya existentes , acerca de la naturaleza , fines , características , y demás de la jurisdicción voluntaria.

Son varias las posiciones básicas que asumen los tratadistas respecto de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, sin embargo el punto central de discusión está en quienes la consideran un ejercicio pleno de jurisdicción y quienes la sumergen en el campo de una actividad administrativa, sin olvidar por supuesto, aquellos que le otorgan una naturaleza propia.

La tesis que sostiene que la jurisdicción voluntaria tiene carácter administrativo implica se extienda mas allá de toda medida el concepto de administración, en realidad, la característica de la jurisdicción voluntaria es precisamente la de ejercitarse con relación a una posesión jurídica particular, cosas que seguramente la aproxima a la jurisdicción, puesto que constituye un denominador común de ella. La jurisdicción voluntaria implica que el ordenamiento después de haber reconocido al sujeto y su autonomía, no lo abandona, sino que lo sigue en su acción, prescribiéndole que obtenga autorizaciones, homologaciones, etc. para que pueda desarrollarse la eficacia jurídica de dicho acto.

La Jurisdicción voluntaria es verdadera y propia jurisdicción, el proceso voluntario es un proceso “sin litis”, en donde el problema de la acción está dado por la indeterminación material de las partes. La jurisdicción voluntaria podríamos definirla como la actividad particular del Estado que tiene como finalidad darle certeza y legalidad a una determinada actuación, sometiendo la producción de determinados efectos jurídicos a la intervención del correspondiente órgano o delegado estatal, y que es ejercida a solicitud del o las partes interesadas sin que exista controversia en su pretensión inicial.

Dentro de los asuntos de jurisdicción voluntaria , puede existir una sola persona quien es la que ejerce su derecho y solicita la intervención de la autoridad jurisdiccional , o pueden haber dos o varias personas quienes

intervienen, pero lo hacen con un solo interés , con el mismo interés no existe contraposición entre sus pretensiones , no se dan las dos partes (actor y demandado) no hay un bien o un derecho garantizado contra otro, no se pretende obligar o vincular a otra persona, lo que existe la voluntad de obtener determinados efectos jurídicos para los que la ley exige se de la intervención del Estado a través de sus órganos.

Parece que sería difícil, por no decir imposible el tratar de encasillar en preceptos generales, que puedan determinar la forma que adoptan, y los mecanismos que se siguen en la actividad Jurisdiccional voluntaria, ya que siempre tendríamos imprecisiones que más bien confundirían el estudio de la materia, es por ello que hemos creído conveniente en este punto de estudio anotar lo que es la jurisdicción voluntaria para que de allí se entienda que las limitaciones que existen y se quieran mantener para el procedimiento Notarial, no tienen razón de ser.

5.9. EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN NOTARIA DE CONFORMIDAD A LA LEGISLACION EXTRANJERA

En la actualidad existen países que con el fin de descongestionar los juzgados de lo civil en los cuales se tramitan los divorcios por mutuo consentimiento, y; con el fin de agilizar dicho trámite han otorgado dicha facultad a los notarios públicos y en ciertos casos a las municipalidades.

En CUBA, se ha previsto que el divorcio por mutuo consentimiento se lo pueda realizar escritura notarial, siempre y cuando no exista un dictamen Fiscal contrario. Los cónyuges podrán solicitar por sí o representados por un abogado la decisión de disolver su vínculo matrimonial.

El Notario, para la tramitación del divorcio deberá tomar en cuenta los principios y normas del Código de Familia y lo establecido en la Ley de las

Notarías Estatales y su Reglamento de dicho país; teniendo la obligación de analizar las convenciones de los cónyuges y, en especial, las referidas a las relaciones paterno filiales sobre patria potestad, guarda y cuidado de los hijos comunes menores, régimen de comunicación con éstos y pensiones, observará que las mismas no atenten contra:

- a) el normal desarrollo y educación de los hijos comunes menores,
- b) la adecuada interrelación y comunicación entre padres e hijos,
- c) la satisfacción de las necesidades económicas de los hijos comunes menores,
- d) la salvaguarda de los intereses de los hijos comunes menores y
- e) el cumplimiento de los deberes que corresponden a los padres.

El Notario, dará traslado de la solicitud de divorcio al Fiscal cuando a su juicio los acuerdos de los cónyuges atenten contra cualquiera de los aspectos señalados en el artículo anterior o cuando pretendan deferir la patria potestad sobre los hijos comunes menores a favor de uno solo de los padres.

El Fiscal al recibir una solicitud de divorcio de las referidas en el artículo anterior, analizará la procedencia o no de los acuerdos en relación con los intereses de los hijos comunes menores y emitirá un dictamen al respecto, que enviará al Notario encargado de tramitar la solicitud de disolución del vínculo matrimonial. Si el dictamen del Fiscal fuere favorable a las convenciones propuestas por los cónyuges, el Notario continuará la tramitación del divorcio

Si el Fiscal emite dictamen contrario a alguna de las convenciones propuestas por los cónyuges, el Notario lo hará saber a los interesados por si, en atención a lo señalado por el Fiscal, aceptan modificar sus acuerdos.

Si los cónyuges modificaren sus acuerdos en correspondencia a lo señalado por el Fiscal, el Notario continuará la tramitación del divorcio. En caso contrario interrumpirá su sustanciación dejando expedita la vía judicial lo que certificará a los interesados.

En países como COLOMBIA los divorcios por mutuo consentimiento se pueden tramitar en las Notarías, presentando una petición por escrito ante un Notario con sus correspondientes documentos de identificación y la partida que acredite que se encuentran casados, en el mismo se manifestará los acuerdos a los que han llegado; si es que existen hijos menores de edad el Notario tiene la obligación de notificar al Defensor de Familia del lugar de residencia de aquellos, mediante escrito.

El Defensor de Familia deberá emitir su concepto en los quince días siguientes a la notificación. Si en dicho plazo el Defensor de Familia no ha allegado el acuerdo al que han llegado los cónyuges con respecto a sus hijos, el Notario dejará constancia de tal circunstancia, autorizará la Escritura y le enviará una copia a costa de los interesados.

Las observaciones legalmente sustentadas que hiciere el Defensor de Familia referidas a la protección de los hijos menores de edad, se incorporarán al acuerdo, de ser aceptadas por los cónyuges. En caso contrario se entenderá que han desistido del perfeccionamiento de la Escritura Pública, y se devolverán los documentos de los interesados, bajo recibo.

El divorcio por mutuo acuerdo en PERÚ era un proceso judicial que demoraba en promedio un año, pero desde la entrada de la “Ley del Divorcio en Municipalidades y Notarias del Perú”, las parejas casadas que deseen

regularizar su separación podrán estar divorciados en un promedio de tres meses.

Para poder realizar el también llamado “DIVORCIO RÁPIDO”, los cónyuges deberán acreditar haber estado casados como mínimo dos años al momento de presentar su solicitud e iniciar el trámite ante el Municipio o Notario correspondiente al último domicilio conyugal o en su defecto, ante el Municipio donde la pareja contrajo matrimonio civil. Si bien en todas las notarias del Perú se pueden llevar a cabo este trámite, para el caso del trámite en el Municipio, este, deberán estar previamente acreditados o autorizados por el Ministerio de Justicia.

Para lo cual los comparecientes deberán presentar: a) una solicitud conteniendo los nombres completos de la pareja, sus DNI, dirección del último domicilio conyugal y la declaración expresa de su deseo de separación y divorcio posterior, con la firma y huella digital de ambos cónyuges puesta al final. Esta solicitud deberá estar autorizada por un abogado, b) Fotocopia de los DNI, c) Acta o copia certificada de la Partida de Matrimonio expedida con una anterioridad no mayor a 3 meses, d) Declaración Jurada de no tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad, dicha declaración deberá llevar firma y huella digital de ambos cónyuges. De ser el caso que la pareja si tuviera hijos menores o mayores con incapacidad, deberá adjuntar Acta o copia certificada de las partidas de nacimiento de dichos hijos, expedidas con una anterioridad no mayor a 3 meses y copia certificada de la Sentencia judicial firme (si ha habido una separación de cuerpos judicial previa), o Acta de Conciliación donde conste los acuerdos tomados por los cónyuges respecto a los regímenes del ejercicio de la patria potestad tales como alimentos, tenencia de los hijos y régimen de visitas, y; e) Declaración jurada de no tener bienes sujetos a gananciales, con firma y huella digital de ambos cónyuges. De ser el caso que no los tienen porque optaron por el régimen de separación de bienes, deberán adjuntar la Escritura Pública de Separación de Patrimonio debidamente inscrita en los Registros Públicos. De tener bienes adquiridos

bajo el régimen de sociedad de gananciales, deberán realizar la liquidación de estos, antes de iniciar el trámite y adjuntar la Escritura Pública debidamente inscrita en los Registros Públicos.

Como hemos podido ver existen varias legislaciones en las que han considerado que el divorcio por mutuo consentimiento realizado en la notaría se lo lleva a cabo de una forma más pronta y sin que los comparecientes incurran en tantos gastos (de tiempo y dinero) como sucede en la actualidad. Los juzgados civil a diario reciben cientos causas que humanamente se vuelven difíciles de despachar en el tiempo que la Ley lo indica, lo que en la Notaría por el mismo hecho de no existir acumulación de procesos se respetan los días estipulados en la Ley para que se lleve a cabo la Audiencia de Conciliación para el divorcio por mutuo consentimiento.

OBJETIVOS Y JUSTIFICACION DE LA REFORMA

En virtud de que el divorcio por mutuo consentimiento, tal como lo establece el Código Civil, en su artículo 107, es competencia únicamente del Juez de lo Civil, y, en razón de que la Ley Notarial en su artículo 18, numeral 22, también faculta al Notario tramitar dicho divorcio, pero con la limitante de la no tenencia de hijos menores de edad o bajo su dependencia (se entiende a los discapacitados mayores de edad), la misma que causa graves problemas en lo económico, social, familiar, patrimonial, haciendo que los trámites sean lentos, engorros, ineficaces, inoportunos, debido al gran congestionamiento de causas en las judicaturas y que traen como consecuencia la violación de los principios de celeridad, seguridad jurídica, igualdad, de economía procesal, debido a estos limitantes legales.

Por ello es necesario una reforma legal a la Ley Notarial, para que se establezca las facultades al Notario para tramitar el divorcio por mutuo

consentimiento, sin el limitante legal, esto es aun cuando existan hijos menores de edad o bajo su dependencia, que lo hará siguiendo el mismo procedimiento actual, es decir, vía acta notarial debiendo designar a los menores de edad y discapacitados, un curador para que les represente, que será autorizado por el Notario en la misma acta, para lo cual previamente lo harán en este sentido los interesados en su petición de divorcio, debiendo además arreglar la situación en que quedarán los hijos menores de edad o bajo su dependencia, en cuanto a la protección, situación económica, alimentación, educación, en dicha acta notarial, previa la petición que presentarán los interesados, y, de esta forma descongestionar la demorosa e inepta administración de justicia, dando una mejor servicio al usuario y protegiendo los derechos de los menores de edad y discapacitados que actualmente se encuentran violados debido a este vacío legal y limitantes, y poder así aplicar o garantizar los principios de celeridad y de economía procesal, establecidos en la Ley y nuestra Constitución.

PROYECTO DE LEY REFORMATARIO:

ASAMBLEA NACIONAL DEL ECUADOR

COMISION LEGISLATIVA

Considerando:

Que la Constitución de la República del Ecuador, establece que es deber del Estado garantizar el debido proceso y una administración ágil y sin dilaciones por parte del Estado;

Que la Ley Notarial requiere de reformas que permitan descongestionar los despachos judiciales, facultando al Notario/a algunos actos de jurisdicción voluntaria;

Que el artículo 18, numeral 22 de la Ley Notarial, faculta al Notario tramitar el divorcio por mutuo consentimiento, con el limitante de no tener los padres hijos menores de edad o bajo su dependencia, permitiendo demora y

congestión en las judicaturas, apartándose de lo prescrito en los Tratados y Convenios Internacionales, en cuanto a las garantías constitucionales;

Que el texto del artículo 18, numeral 22 de la Ley Notarial, es necesario reformarlo, con el fin de ser más eficaces los principios de celeridad y economía procesal, de simplificación debido a la lenta administración de justicia;

Que es necesario proteger los derechos de los menores de edad y discapacitados;

En ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, expide la siguiente Ley reformativa a la ley Notarial y al Código Civil:

Artículo 1.- Refórmase el texto del numeral 22 del Art. 18 de la Ley Notarial, por el siguiente:

Artículo 2.- Sustitúyase el texto donde dice: “únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos comunes menores de edad o bajo su dependencia” por el siguiente: “aun cuando los cónyuges tengan hijos comunes menores de edad o bajo su dependencia (entendiéndose a estos últimos, discapacitados y ser mayores de edad”), siempre que los padres manifiesten en su petitorio, haber solucionado la situación económica y protección de aquéllos.

Artículo 3.- Después de lo previsto en el artículo 107 del Código Civil, se agregará lo siguiente:

Artículo 4.- “Sin embargo, si los cónyuges en su petitorio declaran nombres y apellidos de sus dependientes comunes y dejan solucionado el cuidado y protección conforme a la ley, el Notario podrá conocer dicho petitorio y resolver el divorcio”.

Artículo 5.- Para caso de revisión de la pensión alimenticia, tenencia, régimen de visitas y otros asuntos relacionados con el Código de la Niñez y la Adolescencia, cualquiera de los padres podrá presentar su demanda ante el Juez de la Niñez y la Adolescencia que corresponda.

Artículo 6.- Quedan derogadas todas las disposiciones legales y reglamentarias existentes, que se opongan a la presente Ley.

Se aprueban las siguientes Leyes reformativas:

REFORMA AL CODIGO CIVIL:

Artículo 7.- El artículo 107 luego de la frase “ante el Juez de lo Civil”: dirá: “o ante Notario, aun en el caso de tener hijos comunes menores de edad o bajo su dependencia, siempre que los padres resuelvan en su petición lo relacionado a la situación económica y protección de dichos menores de edad o bajo su dependencia y cumpliendo lo previsto en la Ley”: ...

REFORMA A LA LEY NOTARIAL:

Artículo 8.- El numeral 22 del art 18 dirá: El notario del lugar de residencia de los cónyuges tiene facultad para tramitar el divorcio por mutuo consentimiento, aun en el caso de tener los cónyuges hijos comunes menores de edad o bajo su dependencia, cumpliendo lo que establece el Código de la Niñez y Adolescencia

Art. 9.- La presente Ley entrará en vigencia con su publicación en el Registro Oficial.

Dado en la sala de sesiones de la Asamblea Nacional de la República del Ecuador.....

CONCLUSIONES

- a) El derecho Notarial, es una rama del derecho que se ha fortalecido con el paso del tiempo especialmente en los países en donde se aplica el sistema notarial latino, el notario es el principal servidor público de la actividad fedataria, por delegación del Estado reviste de credibilidad ciertos documentos que contienen actos o contratos jurídicos que a petición de la o las partes interesadas se pone a conocimiento del notario.
- b) El notario tiene la función de asesorar a las partes, guiarles en la redacción y efectos de los documentos que efectúa, los que una vez que han sido autorizados por él, quedan dotados de autenticidad que es la base de la seguridad y confianza buscada por los comparecientes; autenticidad que debe estar precedida de un control de legalidad y moralidad tanto de los negocios o hechos jurídicos como de los instrumentos que los contienen. Por eso, fuera de las virtudes deberes y valores morales enunciados, el notario necesita poseer una alta calificación jurídica como profesional del derecho.
- c) El notario es un profesional que ejerce su oficio, se puede decir como una especialización en el campo del Derecho, lo que requiere de preparación, dedicación e inteligencia. Es un investigador incansable de la actividad a la que se dedica ya que las leyes se vienen reformando constantemente; el notario no solo debe ser un conocedor de la ley, sino un hombre que actúa con calidad, honorabilidad e integridad en constante búsqueda de la seguridad jurídica.
- d) La institución del divorcio, como forma de dar por terminado el vínculo matrimonial, en especial, por mutuo consentimiento que es el tema que nos ocupa, es el más usual en nuestra sociedad, concurriendo a las Notarías o a las Judicaturas competentes.
- e) Lo establecido en la Ley Notarial, en el sentido de impedir que el divorcio por mutuo consentimiento no pueda efectuarse cuando existen hijos menores de edad o bajo su dependencia, atenta contra los principios de celeridad y economía procesales, entre otros, por

considerarlos como limitantes legales, con graves consecuencias jurídicas y sociales, como ya analizamos anteriormente.

- f) Por todo lo analizado, es viable y pertinente realizar la reforma legal, desde luego sin causar perjuicio a los intereses de los menores de edad existentes o por existir en el matrimonio a disolverse, garantizándoles posteriores problemas de abandono, sicológicos, educativos, de salud, de subsistencia, entre otros morales y legales, ya que permiten que los padres no tengan enfrentamientos, disgregación familiar, abandonos y conlleve a conflictos de libertinaje, drogadicción, criminología, tanto de los padres, cuanto de los hijos menores de edad, como se deja prevenido, en tal virtud, consideramos que la investigación realizada y la propuesta que hacemos, es realmente necesaria.
- g) De la investigación realizada, la primera conclusión y quizás la de mayor importancia que hemos podido llegar, luego del análisis de los capítulos precedentes, dejando a salvo el juicio de cada uno; y sin haber agotado el campo de investigación en el tema estudiado, es que la jurisdicción voluntaria constituye una de las importantes actividades del Estado, a través de los notarios a quienes se les ha encomendado esta noble labor, ya que el notario es garantía de legalidad tanto como para los particulares como para el Estado.
- h) En consecuencia, rigurosos estudios han puesto de manifiesto la aportación del servicio notarial al funcionamiento de la justicia. En efecto, al analizar sobre las evidencias prácticas, la relación entre intervención notarial y la litigiosidad civil, se ha demostrado que existe progresividad inversa. A más intervención notarial, menos litigiosidad.

RECOMENDACIONES

- a) Los Notarios según las definiciones que se han expuesto en el transcurso del presente trabajo, son profesionales del derecho que dan fe de los actos que se celebran ante ellos, formalizan la voluntad de los otorgantes, redactan los instrumentos a los que confieren autenticidad, conservando los originales y expidiendo las copias correspondientes, dichos profesionales deben estar capacitados para dar fe los actos de los otorgantes en un negocio jurídico, motivo por el cual es necesario que dichos profesionales se actualicen constantemente no solo en el campo del derecho y aspecto legal notarial, sino también en el aspecto moral, en el que debe ser una persona capaz de orientar a la gente con imparcialidad y responsabilidad, demostrando en su actuar altos valores de honestidad y honorabilidad.
- b) El divorcio por mutuo consentimiento ante el notario, como ésta concebido en la ley reformativa vigente, tiene algunos vacíos y precisa de una reforma o ampliación en los siguientes puntos: es necesario que dentro de los requisitos para el divorcio por mutuo consentimiento notarial se mencione bajo juramento que la existencia del vínculo matrimonial es actual, porque puede suceder que los comparecientes ya se hayan divorciado anteriormente y que por algún motivo lo hagan nuevamente ante el notario.
- c) En virtud de los análisis e investigaciones efectuadas del presente trabajo, por su importancia en la vida social, consideramos que debe ser difundido de la menor manera, por todos los sectores, primordialmente del Gobierno, a través de los órganos respectivos, llámense Asambleaístas, Consejo de la Judicatura, Abogados, Notarios, Universidades a través de las Escuelas de Derecho, incluyendo Docentes y estudiantes y todos quienes administran justicia y estén relacionados al campo del Derecho, a la cual nos debemos moralmente el deber de recomendar y buscar las

soluciones tan prácticas a la problemática del convivir diario en diferentes campos, tanto local cuanto fuera del país.

- d) Por ser un trabajo fundamentado, es menester que sea publicitado, para que sea analizado de la menor manera, siempre pensando en lo positivo y beneficioso para la sociedad en general, a fin de que la presente propuesta se convierta en Ley.
- e) En fin, el presente tema, debido a su importancia, debe publicitarse en todos los ámbitos del país, a través de seminarios u otro tipo de actos de investigación y preparación jurídica.
- f) Soy de la propuesta que no solo El Estado, sino todos los sectores de la sociedad, conozcan los temas de divorcio y más actos de jurisdicción voluntaria; porque son instituciones que cuentan con recursos y con profesionales que tienen formación técnica; en el que incluso primaría la gratuidad de estos servicios, ya que por ejemplo el Ministerio de Justicia a través de sus abogados prestarían servicios relacionados a estos casos a nivel nacional en forma gratuita.

BIBLIOGRAFÍA

1. ARIAS, José, “Derecho de Familia”, Editorial Guillermo Kraft Ltda. Segunda Edición, Buenos Aires, 1952
2. ARGENTINO, Neri, “Tratado Teórico y práctico de Derecho Notarial”. Volumen I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1980
3. AZPEITIA Y NAVARRO, “Legislación Notarial”.
4. BADILLO, Julio, “ El Notariado Uruguayo”
5. BALDASSARRE, Pedro, “Derecho Civil”, Tomo I, Volumen III, Editor El Ateneo Bs, Buenos Aires, 1944
6. BENAVIDES BENAVENTA, Eduardo, “Derecho Especial”, Tomo I, Editorial Temis, Bogotá.
7. BENAVIDES, Eduardo, “La Fe Pública”, Editorial Temis, Bogota, 1987.
8. BOFFI BOGGERO, Luis, “Instrumento Público”, Enciclopedia Jurídica, Omeba, Bibliográfica-Argentina, 1962.
9. CABANELLAS, Guillermo, Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual, 1986.
10. CLARO SOLAR, Luis: “Derecho chileno y comparado”, Tomo I, Imprenta El Imperial, Santiago de Chile.
11. CARRA Y DE TERESA, Luis, “Derecho Notarial y Derecho Registral”, Editorial Porrúa, Decimoctava Edición 2007, Mexico.
12. COUTURE, Eduardo J, El concepto de la fe pública”, Ediciones Depalama, Buenos Aires – Argentina, 1976.
13. DE LAS CASAS, Gonzalo, “Tratado general, legal, teórico y práctico filosófico del Notariado”.
14. DIAZ, Darwin, “El Notario en el Ecuador”, Quito, 2000.
15. ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Editorial Driskill, Buenos Aires, 1990.
16. FERNANDEZ CASADO, “Tratado de Derecho Notarial”, Tomo I.
17. FUERO LANERI, Fernando, “Derecho Civil”, Tomo I, Volumen I, Imprenta y Lito Universo S.A. Valparaíso, Santiago de Chile.
18. GARCIA FALCONI, José, “El Juicio de Divorcio por Causales”, Editorial Jurídica del Ecuador, Ecuador, 1998.

19. GARCIA, Patrocinio, "Derecho Matrimonial Islámico y Matrimonio de Musulmanes en Marruecos, Editorial CSIC.
20. GIMENEZ ARNAU, Enrique, "introducción al Derecho Notarial". Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.
21. GONZALEZ, Palomino, "Instituciones del Derecho Notarial".
22. GUITIERREZ DEL SOLAR Y BRAGADO, Eduardo, "Comentarios del Derecho Notarial", Madrid.
23. LA TORRE E IZQUIERDO, "Comentarios al Derecho Notarial", Madrid.
24. LARREA, Juan, "Derecho Civil del Ecuador", Editorial Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, 1988.
25. MANZINI, "Derecho Público", Editorial Astrea, Mexico, 1970.
26. MENGUAL Y MENGUAL, José, "Elementos del Derecho Notarial", Tomo II, Barcelona.
27. MORON LIMINIANA, "Tratado inédito, fé pública.
28. MUSTAPICH, José, "Tratado de Derecho Notarial", Argentina.
29. NAVARRO, AZPEITIA, "Teoría de la autenticación", Revistad de DerechoPrivado, 1942.
30. NOVOA SEAONE, "El progreso del Instrumento Público", Madrid.
31. NUÑEZ LAGOS, Rafael, "El Derecho Notarial", Madrid.
32. OTERO Y VALENTIN, "Comienzos de la Función Notarial".
33. PARRAGUEZ, Luis, "Manual de Derecho Civil Ecuatoriano", Ediciones Jurídicas Macias y Asociados, Quito, 1977.
34. PAZ, José Maximo, "Derecho Notarial Argentino", Argentina.
35. POU, "Legislación Notarial", Barcelona.
36. RAMIREZ GRONDA, Juan, " Tratado de Derecho Notarial", Editorial Haia, Mexico.
37. REYES, Oscar Efren, "Breve Historia General del Ecuador".
38. RISSO, Enrique, "Derecho Notarial", Editorial Temis, Bogotá
39. RUIZ, Erenesto, "Lecciones de Derecho Civil", Primera Edición, Nueva Editorial de la Casa de la Cultura Ecuatoriana, 1986.
40. SANCHEZ ROMAN, "Introducción al Derecho Notarial".
41. SANCHEZ TELLO, "Derecho Notarial de España", Valencia, 1950.
42. SOMARRIVA, Manuel, "Derecho de Familia", Tomo I, pagina 190, Editorial Editores Ltda., Chile 1988.

43. TAMBINI AVILA, Mónica, “Manual de Derecho Notarial”, Editorial Nomos Thesis, Perú, 2006.

BIBLIOGRAFIA COMPLEMENTARIA

1. Constitución de la República del Ecuador.
2. Código Civil
3. Código de Procedimiento Civil
4. Ley Orgánica de la Función Judicial
5. Ley Notarial
6. Ley de Federación de Abogados

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATOLICA DEL ECUADOR

DECLARACION Y AUTORIZACION

Yo, ANA CRISTINA ROMERO JURADO, con cédula de ciudadanía No. 1715501555, autora del trabajo de graduación intitulado: EL DIVORCIO POR MUTUO CONSENTIMIENTO EN EL DERECHO NOTARIAL, previa la obtención del grado académico de **LICENCIADA EN CIENCIAS JURIDICAS,** en la Facultad de **JURISPRUDENCIA:**

1. Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tiene la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, de conformidad con el artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar al SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de graduación, para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.
2. Autorizo a la Pontificia Universidad Católica del Ecuador a difundir a través de sitio web de la Biblioteca de la PUCE el referido trabajo de graduación, respetando las políticas de propiedad intelectual de la Universidad.

Quito, 22 de Julio del 2013

Ana Cristina Romero Jurado